

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

VOLUME 7 • Nº 3 • DEZ • 2017
DIREITO E MUNDO DIGITAL

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Editores responsáveis por essa edição:

Editores especiais

Maria Edelvacy Pinto Marinho e Gustavo Ferreira Ribeiro

Editores gerais

Marcelo Dias Varella e Ivette Esis

ISSN 2236-1677

Revista Brasileira de Políticas Públicas Brazilian Journal of Public Policy	Brasília	v. 7	n. 3	p. 1-878	dez	2017
--	----------	------	------	----------	-----	------

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Brazilian Journal of Public Policy

Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB

Centro Universitário de Brasília

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB

Elizabeth Regina Lopes Manzur

Diretor do ICPD

João Herculino de Souza Lopes Filho

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor

Marcelo Dias Varella

Linha editorial

“A Revista Brasileira de Políticas Públicas é um periódico acadêmico da área jurídica que tem como finalidade constituir instrumento de veiculação de trabalhos científicos e doutrinários que abordem questões jurídicas da contemporaneidade e, ainda, aspectos da interação entre Direito e Políticas Públicas. Direciona, portanto, seu objeto de interesse a questões referentes a governabilidade, integração, participação cidadã, desenvolvimento e outros temas envolvendo o Estado, a Sociedade e o Direito.

Sendo assim, a proposta de linha editorial a ser seguida pela Revista Brasileira de Políticas Públicas é apresentada a partir de duas áreas fundamentais, que se subdividem:

I) Democracia, Políticas de Estado e de Governo e seus aspectos jurídicos: tendências do Direito Constitucional e do Direito Administrativo; teoria das políticas públicas; sistema de governo; sistema eleitoral e cidadania; sistema de partidos e reforma constitucional

II) Políticas Públicas de desenvolvimento econômico e social e suas interfaces com o Direito: políticas de desenvolvimento econômico e produção local/regional, desenvolvimento sustentável e meio-ambiente, desenvolvimento humano e planejamento da ação governamental”.

CONSELHO EDITORIAL

Marie-Pierre Lafranchi, Université d'Aix-en-Provence, Faculté de droit et de science politique, Provence-Alpes-Côte d'Azur, França

Frederico Augusto Barbosa, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Gilberto Bercovi, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Econômico-Financeiro, São Paulo/SP, Brasil

João Maurício Adeodato, Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Teoria Geral do Direito e do Direito Privado, Recife/PE, Brasil

José Adercio Leite Sampaio, Escola Superior Dom Helder Câmara, Escola de Direito, Belo Horizonte/MG, Brasil

José Heder Benatti, Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém/PA, Brasil

EDITOR

Marcelo D. Varella, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

EDITORA ADJUNTA

Ivette Esis Villarroel, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

EQUIPE TÉCNICA

Yuri Valente do Nascimento, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Aline Assunção Santos, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Layout capa

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Diagramação

S2 Books

Disponível em:

<http://www.rbpp.uniceub.br>

Circulação

Acesso aberto e gratuito

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB.
– vol. 7, n. 3 (dez. 2017) - . Brasília : UniCEUB, 2011

Quadrimestral.

ISSN 2236-1677

Disponível também on-line: www.rbpp.uniceub.br

1. Direito. 2. Políticas Públicas. I. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB

CDU 34+338.26

Sumário

I. INTRODUÇÃO.....	I
THE DATASPHERE AND THE LAW: NEW SPACE, NEW TERRITORIES	III
Jean-Sylvestre Bergé e Stéphane Grumbach	
1. The datasphere considered in its global sense	VI
1.1. The “new space” phenomenon.....	VI
1.2. The new relationships with territories	VII
2. The datasphere - continuation of the study by way of illustrations	IX
2.1. Platform activity	IX
2.2. The portability of digital content services in intellectual property law	XII
2.3. The right to be delisted.....	XIV
2.4. The transatlantic transfer of personal data	XVI
II. DOSSIÊ ESPECIAL: DIREITO E MUNDO DIGITAL.....	22
A. CRIPTOMOEDAS E TECNOLOGIA BLOCKCHAIN	23
PASSADO, PRESENTE E FUTURO DA CRIPTOGRAFIA FORTE: DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E REGULAÇÃO.....	25
Jacqueline de Souza Abreu	
1. Introdução	26
2. Passado: o histórico das ‘crypto wars’	27
3. Presente: o quadro normativo.....	31
3.1. O caso (fácil) das empresas de telecomunicações	32
3.2. O caso (difícil) das empresas de tecnologia e de internet	33
3.3. Escopo da Resposta.....	36
4. Futuro: a criptografia forte deveria ser regulada?	36
4.1. ‘Going Dark’ e a necessidade de um acesso excepcional.....	36
4.2. ‘Going Bright’ e os problemas de um acesso excepcional.....	37
4.3. Balanço de consequências.....	39
5. Considerações finais	39
Referências.....	40
TRATAMENTO JURÍDICO DAS CRIPTOMOEDAS: A DINÂMICA DOS BITCOINS E O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO	44
Mariana Dionísio de Andrade	

1. Introdução	45
2. Criptomoedas: esclarecimentos necessários	46
3. As instituições importam: quem controla o uso das bitcoins?.....	49
4. Limites jurídicos para o uso das criptomoedas	51
5. O crime de lavagem de dinheiro no ambiente virtual	54
6. Considerações finais	57
Referências.....	58

TERRITÓRIO DAS CRIPTOMOEDAS: LIMITES À REGULAMENTAÇÃO ESTATAL QUANTO À CIRCULAÇÃO DE MOEDAS NO CIBERESPAÇO E POSSÍVEIS ALTERNATIVAS 61

Ranidson Gleyck Amâncio Souza

1. Introdução	62
2. Conceito de criptomedas	63
3. Ciberespaço e legislação	66
3.1. O viés constitucional.....	66
3.2. Território físico – os Estados	67
3.3. Território virtual – o ciberespaço	69
3.4. Criação de uma norma internacional para as criptomoedas	72
3.5. “Lex mercatória” virtual?	74
4. Considerações finais	75
Referências.....	76

CRYPTOMOEDAS E COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA 80

Guilherme Broto Follador

1. Introdução	81
2. As criptomoedas e os atos, negócios e situações jurídicas a elas vinculados	83
3. Tratamento tributário das criptomoedas no Direito Comparado	86
4. Manifestações oficiais de autoridades brasileiras e estudos sobre o tema	91
5. O sistema brasileiro de repartição das competências tributárias	94
6. Dificuldades na identificação das competências tributárias atinentes aos negócios, atos e situações jurídicas com criptomoedas	96
7. Considerações finais	100
Referências.....	101

BITCOIN E A (IM)POSSIBILIDADE DE SUA PROIBIÇÃO: UMA VIOLAÇÃO À SOBERANIA DO ESTADO? 106

Rodrigo Valente Giublin Teixeira e Felipe Rangel da Silva

1. Introdução	107
2. O fenômeno da moeda eletrônica Bitcoin.....	107
3. A soberania do Estado na pós-modernidade	111

4. A problemática da regulamentação e a impossibilidade de proibição da circulação das moedas eletrônicas por parte do Estado.....	114
5. Considerações finais	118
Referências.....	118
BLOCKCHAIN E AGENDA 2030.....	122
Danielle Mendes Thame Denny, Roberto Ferreira Paulo e Douglas de Castro	
1. Introdução	123
2. Sistema Internacional, meio ambiente e sociedade civil	125
3. Dificuldades para implementação da Agenda 2030	127
4. Desafios para monitoramento do cumprimento da Agenda 2030.....	129
5. Auditorias e perenidade de dados em blockchain	130
6. Blockchain e smart contracts atualmente	133
7. Práticas para influenciar a governança internacional	135
8. Considerações finais	138
Referências.....	139
A RECONSTRUÇÃO DA JURISDIÇÃO PELO ESPAÇO DIGITAL: REDES SOCIAIS, BLOCKCHAIN E CRIPTOMOEDAS COMO PROPULSORES DA MUDANÇA.....	143
Maria Edelvay Pinto Marinho e Gustavo Ferreira Ribeiro	
1. Introdução	144
2. Jurisdição: Notas Introdutórias	145
2.1. Jurisdição e atores.....	145
2.2. Jurisdição e territorialidade	146
3. Direito digital e reconstrução da jurisdição	148
3.1. Redes sociais como unidade centralizadora de efetividade da construção e aplicação do direito à liberdade de expressão no mundo digital.....	149
3.2. A tecnologia blockchain como alternativa à geração de confiança entre as partes	151
3.3. As criptomoedas e os desafios à definição da jurisdição.....	153
4. Considerações finais	155
Referências.....	155
B. PROTEÇÃO DE DADOS E PROVEDORES DE INTERNET	158
O TEMPO E O ESPAÇO. FRAGMENTOS DO MARCO CIVIL DA INTERNET: PARADIGMAS DE PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA	160
Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos e Marilene Araujo	
1. Introdução	161
2. Limites do Direito: O tempo e o espaço na internet.....	162
2.1. As categorias espaço-temporais e o paradoxo do fenômeno jurídico.....	162

3. Tecnologia como sistema: internet e liberdade de expressão	164
4. A liberdade e a dignidade humana	167
5. Possibilidades ou impossibilidades da “nova Constituição na Internet”	169
6. O marco civil: paradigma para proteção da dignidade humana	171
7. O Marco Civil da Internet e Proteção a dignidade humana	173
7.1. Privacidade e Intimidade	174
7.2. Liberdade de Expressão	176
7.3. Responsabilidade de danos decorrentes de terceiros	177
7.4. Direitos autorais	180
8. Considerações Finais	181
Referências	182

O PROJETO DE LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (PL 5276/2016) NO MUNDO DO BIG DATA: O FENÔMENO DA DATAVEILLANCE EM RELAÇÃO À UTILIZAÇÃO DE METADADOS E SEU IMPACTO NOS DIREITOS HUMANOS..... 185

Elias Jacob de Menezes Neto, Jose Luis Bolzan de Moraes e Tiago José de Souza Lima Bezerra

1. Introdução	186
2. Dataveillance como metáfora para o mundo atual.....	187
2.1. Dataveillance	187
2.2. Franz Kafka e a metáfora da dataveillance.....	190
3. O poder dos metadados e o PL 5276/2016	191
3.1. O que são metadados?.....	191
3.2. O PL 5276/2016 e a ilusão de que existem (meta)dados “anônimos”	193
4. Considerações finais	195
Referências.....	197

DIGNIDADE HUMANA NA WEBESFERA GOVERNAMENTAL BRASILEIRA.....200

Luciana Cristina Souza

1. Introdução	201
2. Dignidade humana na democracia deliberativa.....	202
2.1. Dignidade humana e resiliência estatal.....	205
3. Relatos de experiências de pesquisas.....	209
3.1. Desafios dos modelos atuais de participação digital – pesquisa FGV	209
3.2. Coletivo Observatório do Funk.....	211
4. Considerações finais	213
Referências.....	214

CIBERESPAÇO E CONTEÚDO OFENSIVO GERADO POR TERCEIROS: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA..... 217

Cristiano Colombo e Eugênio Facchini Neto

1. Introdução	218
2. Ciberespaço e conteúdo ofensivo gerado por terceiros	219
2.1. Ciberespaço	219
2.2. Conteúdo ofensivo gerado por terceiros	222
2.2.1. Redes Sociais	223
2.2.2. Páginas de Notícias/Jornais digitais.....	224
2.2.3. Blogs	225
3. Da responsabilidade civil dos provedores de aplicação à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....	225
3.1. Dos antecedentes da responsabilidade civil dos provedores	225
3.2. A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a responsabilidade dos provedores.	226
3.2.1. Da Classificação dos Provedores e do tratamento jurídico sobre responsabilidade civil	227
3.2.2. Da aferição de culpa: omissão com a necessidade de notificação judicial	229
3.2.3. Da Necessidade de indicação de URL (Uniform Resource Locator).....	230
3.2.4. Da Responsabilidade dos Provedores de Aplicação de Busca.....	231
4. Considerações Finais	233
Referências	235

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS ATOS AUTÔNOMOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: NOTAS INICIAIS SOBRE A RESOLUÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU 239

Thatiane Cristina Fontão Pires

Rafael Peteffi da Silva

1. Introdução	240
2. Inteligência artificial: robôs sem limites	241
3. A responsabilidade civil pelos atos independentes da inteligência artificial: notas sobre a proposta de regulamentação da União Europeia.....	245
4. Considerações finais	251
Referências.....	252

SHARENTING, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PRIVACIDADE DE CRIANÇAS NO AMBIENTE DIGITAL: O PAPEL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO 256

Fernando Büscher von Teschenhausen Eberlin

1. Introdução	257
2. O Sharenting e os dados pessoais de menores.....	258
3. A colisão entre a liberdade de expressão e a proteção de dados pessoais no caso do Sharenting	261

4. A responsabilidade dos provedores de aplicação pelo conteúdo gerado por terceiros e o atual o modelo brasileiro	265
5. O modelo europeu baseado no direito ao esquecimento e as alternativas para o modelo brasileiro ...	267
6. Considerações Finais	270
Referências	271

THE DICHOTOMY BETWEEN SMART METERING AND THE PROTECTION OF CONSUMER’S PERSONAL DATA IN BRAZILIAN LAW.....275

Lucas Noura Guimarães

1. Introduction	276
2. The conflict between smart metering and data protection	278
2.1. Smart metering: concept and applications	278
2.2. Data protection.....	280
3. Legal developments in Brazil	281
3.1. ANEEL’s Normative Resolution n° 502/2012 on electronic meters	282
3.2. Draft Bill n° 3337/2012 and Senate Bill n° 84/2012 on smart grids	284
3.3. Draft Bills n° 4060/2012 and n° 5276/2016 on personal data protection	285
3.3.1. Application of the Bills on personal data protection to smart meters	285
3.3.2. Principles of data protection and their relation to smart metering	288
3.3.3. Other data protection rules with application on smart meters	290
4. Concluding remarks.....	290
Bibliography	291

O CYBERBULLYING E OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....295

Janile Lima Viana, Cinthia Meneses Maia e Paulo Germano Barrozo de Albuquerque

1. Introdução	296
2. A origem da internet e seu desenvolvimento no Brasil	296
2.1. Esfera pública e esfera privada.....	298
2.2. O Marco Civil da Internet.....	300
3. O bullying na era digital: cyberbullying	301
4. Liberdade de expressão	302
4.1. Restrições à Liberdade de Expressão	304
4.2. Colisão de direitos: direitos da personalidade e liberdade de expressão	306
5. Consequências jurídicas para o cyberbullying	307
6. Considerações finais	309
Referências.....	309

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DISCURSO DE ÓDIO NAS REDES SOCIAIS: EXERCÍCIO DE DIREITO VERSUS LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO 314
Carlo José Napolitano e Tatiana Stroppa

1. Introdução	315
2. Pressupostos históricos, culturais e normativos da limitação à liberdade de expressão do pensamento.....	315
3. O conceito de discurso de ódio	323
4. Métodos e técnicas utilizados na pesquisa juntamente ao Supremo Tribunal Federal: o exercício e os limites da liberdade de expressão nas redes sociais versus discurso de ódio na visão da Corte .	326
4.1. HC 109676	328
4.2. Rcl 11292	328
5. Considerações finais	329
Referências.....	330

ANÁLISE COMPARADA DE ESTRATÉGIAS DE ENFRENTAMENTO A “REVENGE PORN” PELO MUNDO 334
Natália Neris, Juliana Pacetta Ruiz e Mariana Giorgetti Valente

1. Introdução	335
2. Metodologia	336
2.1. Breves notas sobre metodologia em direito comparado.....	336
2.2. Caminho metodológico da pesquisa.....	337
2.3. Categorias de análise.....	338
3. Principais resultados: a tendência de criminalização	338
4. Para além da criminalização	343
4.1. As Leis de Manitoba (Canadá) e Nova Zelândia	343
4.2. As políticas públicas da Dinamarca.....	344
4.3. A decisão judicial da Alemanha e as políticas públicas da Austrália.....	344
5. Considerações finais	345
Referências	346

USO INDEVIDO DE REDES SOCIAIS E APLICATIVOS DE MENSAGENS INSTANTÂNEAS NO AMBIENTE LABORAL.....349
Eloy Pereira Lemos Junior, Edmar Warlisson de Souza Alves e César Augusto de Castro Fiuza

1. Introdução	350
2. Conceito e história do trabalho humano e do direito do trabalho	350
2.1. Conceito de trabalho e de Direito do Trabalho.....	350
2.2. História do Direito do Trabalho no Brasil	351
3. Relação de emprego.....	352
3.1. A subordinação e o dever de obediência do empregado	352
3.2. Poderes diretivos do empregador	353

4. Direitos fundamentais do trabalhador.....	356
4.1. Princípio da dignidade da pessoa humana no ambiente de trabalho	356
4.2. Direito à privacidade e à liberdade no trabalho	357
5. Aspectos importantes acerca da tecnologia	358
6. O uso das redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas no ambiente de trabalho	360
6.1. Uso indevido de redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas pelo empregado	360
6.2. Uso das redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas para fins relacionados ao trabalho e o uso indevido pelo empregador.....	361
6.3. Punições pela utilização de redes sociais indevidamente durante o trabalho.....	362
7. Considerações finais	363
Referências.....	364
C. DIREITO AO ESQUECIMENTO	366
ENSAIO SOBRE A PROMESSA JURÍDICA DO ESQUECIMENTO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA DO PODER SIMBÓLICO DE BOURDIEU	368
Joana Machado e Sergio Negri	
1. Introdução	369
2. Dimensões da privacidade e construção do direito ao esquecimento	370
3. Caso Google Spain: o esquecimento como direito à desindexação	372
4. Caso Manni: o esquecimento como direito ao cancelamento de dados na atividade empresarial.....	375
5. Casos da Chacina da Candelária e da Aída Curi: esquecimento como direito de não ser lembrado ...	377
6. Considerações finais	380
Referências.....	381
UMA AGENDA PARA O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL.....	384
Bruno de Lima Acioli e Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior	
1. Introdução	385
2. Alguns apontamentos iniciais sobre o direito ao esquecimento.....	386
3. As origens do direito ao esquecimento no mundo ocidental	387
3.1. Droit à l'oubli, right to be forgotten	387
3.2. O grande marco contemporâneo para o debate sobre o direito ao esquecimento: o caso Google Spain.....	388
4. O Direito ao Esquecimento no Marco Civil da Internet brasileiro.....	391
5. As várias formas de direito ao esquecimento	394
5.1. Direito à reabilitação	394
5.2. Direito ao apagamento	396
5.3. Direito à desindexação.....	397
5.4. Direito à obscuridade.....	397
5.5. Direito ao esquecimento digital.....	398

5.6. Identificando as várias formas de direito ao esquecimento e suas implicações jurídicas.....	398
6. O direito ao esquecimento na doutrina jurídica brasileira.....	400
7. A liberdade de imprensa e os recentes julgados sobre direito ao esquecimento no STJ.....	402
8. Considerações finais	406
Referências.....	407

NÃO ADIANTA NEM TENTAR ESQUECER: UM ESTUDO SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO..... 412
José Augusto Fontoura Costa e Geraldo Miniuci

1. Introdução	413
2. O direito ao esquecimento no STJ.....	414
2.1. Casos do STJ envolvendo mídia televisiva e impressa.....	414
2.2. Casos do STJ sobre mídia digital	417
2.3. Jurisprudência do STJ, doutrina nacional e direito ao esquecimento no Brasil.....	419
3. Sobre o esquecimento	420
4. Noções psicológicas de memória e esquecimento.....	422
5. Memória e esquecimento em artefatos tecnológicos	425
6. Para uma (re)articulação do direito ao esquecimento	428
6.1. Esquecimento e privacidade na rede	428
6.2. Múltipla titularidade	429
6.3. Supermemória e ambientação do self	430
6.4. Limites do modelo jurídico de segmentação do contínuo do íntimo ao público.....	431
7. Considerações finais	432
Referências	434

A APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO AOS AGENTES DELITIVOS: UMA ANÁLISE ACERCA DA PONDERAÇÃO ENTRE O DIREITO À IMAGEM E AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO 437
Paulo Afonso Cavichioli Carmona e Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli Carmona

1. Introdução	438
2. Conceito, história e jurisprudência pátria acerca do direito ao esquecimento.....	439
3. O direito à imagem do agente delitivo	444
4. Liberdades de expressão e de informação dos meios de comunicação.....	445
5. A ponderação: imagem, intimidade, vida privada, honra x liberdades de expressão e de informação	446
6. Sugestão de critérios objetivos a serem adotados como parâmetros de utilização do direito ao esquecimento pelos agentes delitivos	448
7. Considerações Finais	450
Referências	451

DIREITO AO ESQUECIMENTO: NA SOCIEDADE INFORMACIONAL HÁ ESPAÇO PARA O EPÍLOGO DA MÁQUINA DE TORTURA KAFKIANA?	454
Alexandre Antonio Bruno da Silva e Marlea Nobre da Costa Maciel	

1. Introdução	455
2. Sobre o uso e o abuso da história para a vida de uma pessoa, cultura e sociedade.....	457
3. Na colônia penal	460
4. Direito ao esquecimento	463
4.1. Dano existencial: um pouco de história e de como vem sendo utilizado fora do Brasil	467
5. Direito ao esquecimento no Brasil	470
6. Motor de busca: a máquina de tortura kafkiana	473
7. Considerações finais	476
Referências.....	477

ESQUECIMENTO, INTERNET E “PREFERÊNCIA” DA INFORMAÇÃO: POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DA DOCTRINA DOS PREFERRED RIGHTS DA JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA AO CASO BRASILEIRO	484
Maria Vital da Rocha, Isaac Rodrigues Cunha e Karin de Fátima Rodrigues Oliveira	

1. Introdução	485
2. Acesso à informação e esquecimento como direitos antagônicos e seu tratamento na doutrina e jurisprudência brasileira	487
2.1. Um direito fundamental (de acesso) à informação	488
2.2. O esquecimento como direito da personalidade (ou direito de “humanidade”)	491
2.3. A posição dupla do Superior Tribunal de Justiça	496
3. Hierarquização e a “preferência” da liberdade de informação sobre o direito ao esquecimento	497
3.1. Haveria uma hierarquia entre os direitos fundamentais à informação e ao esquecimento?	498
3.2. A solução do conflito segundo a doutrina da posição preferencial.....	501
3.3. Os requisitos para a preferência do acesso à informação na internet sobre o direito ao esquecimento	504
4. Considerações finais	505
Referências.....	506

D. PROPRIEDADE INTELECTUAL	510
---	------------

DIREITOS AUTORAIS E MÚSICA: TECNOLOGIA, DIREITO E REGULAÇÃO	512
Marcia Carla Pereira Ribeiro, Cinthia Obladen de Almendra Freitas e Rubia Carneiro Neves	

1. Introdução	513
2. Tecnologia, música e mercado	514
3. Direito de propriedade sob a ótica da AED	515
3.1. Características de exclusividade e não exclusividade.....	517
3.2. Porque atribuir a propriedade privada.....	518

4. Tecnologias aplicáveis ao reconhecimento de músicas	520
5. Regulação dos direitos autorais relacionados à música sob o prisma dos direitos sociais	526
5.1. O sistema jurídico brasileiro aplicável à música.....	527
5.2. O Plano Nacional de Cultura	532
5.3. Criação de agência reguladora dos direitos autorais: será?.....	532
6. Considerações finais	533
Referências.....	534

DIREITO AUTORAL NA CIBERCULTURA: UMA ANÁLISE DO ACESSO AOS BENS IMATERIAIS A PARTIR DAS LICENÇAS CREATIVE COMMONS 4.0.....539

Gabriela Maia Rebouças e Fernanda Oliveira Santos

1. Introdução	540
2. Histórico da concepção ocidental de direitos autorais: pressupostos para a compreensão de um campo em transformação	541
3. Reinvenção do relacionamento entre autor, público e produção cultural na cibercultura	544
4. Creative Commons e a flexibilização da tutela autoral	547
5. Considerações finais	553
Referências.....	554

E. POLÍTICAS PÚBLICAS E NOVAS TECNOLOGIAS.....559

SALTO DIGITAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS: OPORTUNIDADES E DESAFIOS..... 561

Marcelo D. Varella, Clarice G. Oliveira e Frederico Moesch

1. Introdução	562
2. Recentes alterações normativas	564
2.1. Identificação Civil Nacional.....	564
2.2. Compartilhamento de bases de dados na administração pública federal	565
2.3. Decreto n° 8.777, de 11 de maio de 2016, que institui a política de dados abertos no governo federal.....	567
2.4. Sistema Nacional de Gestão de Informações Territoriais – Sinter.....	568
2.5. eSocial.....	569
2.6. Sistema Nacional de Informações de Registro Civil - SIRC.....	570
3. Proposições legislativas em exame no Congresso Nacional.....	572
3.1. Proteção dos Dados Pessoais	572
3.2. Validade jurídica de documentos digitalizados	574
4. Dificuldades para efetivar o salto tecnológico em diversos setores no Estado brasileiro.....	575
4.1. Desafios técnicos.....	575
4.2. Desafios jurídicos	577
4.3. Desafios políticos	579
6. Considerações Finais	582

Referências.....	582
FOSTERING E-GOVERNMENT IN BRAZIL: A CASE STUDY OF DIGITAL CERTIFICATION ADOPTION.	585
Lamartine Vieira Braga	
1. Introduction	586
2. Symmetric and asymmetric encryption.....	587
3. Digital Signature	589
4. Digital Certificate.....	591
5. Public Key Infrastructure - PKI.....	592
6. Current Applications of digital certification in Brazil	594
7. Conclusion	599
References.....	599
DEMOCRATIZAÇÃO NA ERA DIGITAL: DESAFIOS PARA UM DIÁLOGO CONSCIENTE E IGUALITÁRIO .	602
Raquel Cavalcanti Ramos Machado e Laura Nathalie Hernandez Rivera	
1. Introdução	603
2. Inclusão digital e educação digital.....	604
3. Estágios do diálogo democrático e o debate político na internet.....	608
4. Mecanismos digitais de participação política, social e as eleições.....	609
5. Considerações finais	615
Referências	615
REDES SOCIAIS E CROWDSOURCING CONSTITUCIONAL: A INFLUÊNCIA DA CIBERDEMOCRACIA SOBRE A GÊNESE E A INTERPRETAÇÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	618
Igor Ajouz	
1. Introdução	619
2. Internet e redes sociais: a nova experiência interativa	619
3. Ciberdemocracia: o uso das redes sociais para a gênese e a interpretação de normas constitucionais.....	622
3.1. Crowdsourcing constitucional.....	623
3.2. Redes sociais como veículos de persuasão sobre questões constitucionais	626
4. Considerações finais	628
Referências.....	628
MARCO CIVIL DA INTERNET E POLÍTICA PÚBLICA DE TRANSPARÊNCIA: UMA ANÁLISE DA E-DEMOCRACIA E DO COMPLIANCE PÚBLICO	634
Juliana Costa Zaganelli e Wallace Vieira de Miranda	
1. Introdução	635
2. Políticas públicas e o marco civil da internet	636
2. E-Democracia: formas de exercício do controle social e transparência pública	639

3. Compliance público e transparência: uma análise acerca da efetividade das medidas de acesso às informações públicas para o exercício do controle social no combate à malversação dos recursos públicos.....	641
4. Considerações finais	644
Referências	645

POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS DE COMPUTAÇÃO EM NUVEM: ANÁLISE DOCUMENTAL DOS RELATÓRIOS DO GLOBAL CLOUD COMPUTING SCORECARD 648

Lucas dos Santos Costa e Marcos Fernando Machado de Medeiros

1. Introdução	649
2. Referencial teórico	650
2.1. Computação em nuvem.....	651
2.2. Justificativa das variáveis de análise	652
3. Procedimentos metodológicos	653
4. Análises e discussões	654
4.1. Aspectos gerais	654
4.2. Privacidade de dados (GP).....	657
4.3. Segurança (S).....	659
4.4. Crime digital (CD).....	660
4.5. Direitos de propriedade intelectual (DPI).....	661
4.6. Apoio a padrões de mercado e harmonização internacional de regras (PH).....	661
4.7. Promoção de livre comércio (LC)	662
4.8. Estrutura de tecnologia da informação e comunicação (TCI) e implantação de banda larga (BL).....	662
4.9. Panorama geral e posicionamento internacional.....	663
5. Considerações finais	666
Referências.....	667

O USO MONOPOLISTA DO BIG DATA POR EMPRESAS DE APLICATIVOS: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA UM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL EM CIDADES INTELIGENTES EM UM CENÁRIO DE ECONOMIA CRIATIVA E DE LIVRE CONCORRÊNCIA..... 672

José Antonio Remedio e Marcelo Rodrigues da Silva

1. Introdução	673
2. A urbanização das cidades e a sociedade em rede: economia criativa, colaborativa e compartilhada como formas de concretização de funções sociais da cidade.....	674
4. Concorrência e Big Data Business relevantes às Smart Cities: estudo de caso envolvendo a aquisição do Waze pelo Google	686
5. Considerações finais	689
Referências.....	690

III. OUTROS TEMAS 694

COMO SALVAR O SISTEMA DE REPERCUSSÃO GERAL: TRANSPARÊNCIA, EFICIÊNCIA E REALISMO NA ESCOLHA DO QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VAI JULGAR.....696

Luís Roberto Barroso e Frederico Montedonio Rego

1. Introdução	697
2. O colapso do sistema de repercussão geral.....	697
2.1. A necessidade de um filtro de relevância.....	697
2.2. Repercussão geral: impacto inicial e descontrolado superveniente.....	699
2.3. O estoque gerado e o congestionamento do sistema de justiça.....	700
3. Algumas causas da insuficiência do modelo atual de repercussão geral.....	701
3.1. A adoção da prática do “filtro oculto” pelo STF	701
3.2. A prática atual se utiliza apenas da recusa de teses, não de casos.....	703
3.3. Quorum e efeitos da não manifestação de algum ministro	705
4. Solucionando o problema: a forma e o momento do juízo de repercussão geral	707
4.1. A existência ou não de repercussão geral deve ser o primeiro exame a ser feito.....	707
4.2. É possível a negativa de repercussão geral com efeitos limitados ao caso concreto e motivação sumária.....	708
4.3. A omissão de algum ministro em se manifestar importa em adesão à posição do relator	710
5. Considerações finais	711
Referências.....	712

PRECARIÉDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO COMO BASE TEMÁTICA PARA A PROIBIÇÃO OU LEGALIZAÇÃO DAS DROGAS..... 715

Lilian Rose Lemos Rocha e José Eduardo Cardozo

1. Aspectos Introdutórios.....	716
2. A razão de existência de um sistema prisional: a utilidade ou não das penas restritivas da liberdade	719
3. O sistema penitenciário brasileiro: os indicadores de uma situação desastrosa	723
4. Drogas: proibir ou legalizar?.....	727
5. Considerações finais	728
Referências.....	729

A TERCEIRA MARGEM DO CONSTITUCIONALISMO REPUBLICANO: UMA CRÍTICA A FRANK MICHELMAN..... 732

Daniel Barcelos Vargas

1. Introdução	733
2. O “judicialismo” e a legitimidade da decisão da Suprema Corte.....	735
3. A legitimidade republicana de Frank Michelman.....	738
4. A comunidade simbólica: a Suprema Corte	739
5. A terceira margem da comunidade de Michelman	740
6. A reconsideração do constitucionalismo de Michelman: a aproximação entre a Suprema Corte e o	

povo.....	742
7. O simbolismo e a separação entre a “voz da Suprema Corte” e a “voz do povo”	743
8. Considerações finais	745
Referências.....	745
MEDIDA PROVISÓRIA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: RELEVÂNCIA, URGÊNCIA E PERTINÊNCIA TEMÁTICA.....	749
Clarice G. Oliveira e José Levi Mello do Amaral Júnior	
1. Introdução	750
2. O reconhecimento da faculdade precípua do Executivo julgar a relevância e a urgência	752
3. A inconstitucionalidade da não pertinência temática no Projeto de Lei de Conversão	757
4. Considerações finais	761
Referências	762
OBJETO E CONCEITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: REVISÃO CRÍTICA.....	765
Carlos Bastide Horbach	
1. Introdução	765
2. Objeto do direito administrativo.....	766
2.1. Evolução do objeto do direito administrativo continental	767
2.2. O objeto do administrative law anglo-saxônico	772
3. Conceito de direito administrativo	773
3.1. Perspectiva Restritiva	773
3.1.1. Escola Legalista.....	773
3.1.2. Escola Italiana	774
3.1.3. Escola do Serviço Público.....	775
3.2. Perspectiva Ampliativa.....	776
4. Síntese conclusiva	778
Referências.....	779
AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS VERSUS AVALIAÇÃO DE IMPACTO LEGISLATIVO: UMA VISÃO DICOTÔMICA DE UM FENÔMENO SINGULAR	782
Aparecida de Moura Andrade e Héctor Valverde Santana	
1. Introdução	783
2. Políticas públicas: um conceito transdisciplinar	784
2.1. O estado da arte.....	785
2.2. Uma proposta de descrição principiológica	787
2.3. Avaliação de políticas públicas no Brasil.....	787
3. Legística: avaliação da qualidade da lei	790
3.1. Legística formal: princípios e processo de formação de políticas públicas.....	791

3.2. Avaliação de impacto legislativo.....	793
3.3. Critérios de avaliação de impacto legislativo.....	795
4. Considerações finais	796
Referências.....	797

LOS AVATARES DEL INTERÉS DEFINIDO EN TÉRMINOS DE PODER EN LA FORMULACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS..... 800

Louis Valentin Mballa

1. Introducción	801
2. Un debate multifacético sobre las políticas públicas	802
3. Aproximación sistemática de las políticas públicas: el poder como unidad de análisis	804
4. Contenido científico de las políticas públicas	805
5. El poder como vector de legitimación de la acción gubernamental en la formulación de las políticas públicas	807
6. El realismo político de Hanz Morgenthau, la naturaleza humana y los supuestos implícitos del poder e intereses en los procesos de toma de decisiones	808
7. Los seis principios del realismo político y su aporte en el análisis y comprensión de las políticas públicas.....	809
7.1. La racionalidad de los actores y la universalidad de las leyes: supuesto ontológico y cognitivo	810
7.2. El interés definido en términos de poder como principio rector del quehacer político	810
7.3. La importancia del contexto en la dimensión espaciotemporal.....	810
7.4. Tensión entre los valores morales y la acción política: ética de los resultados	811
7.5. El enfoque de análisis no debe centrarse en ideas vacías: objeción al maniqueísmo en política	812
7.6. Autonomía y especialidad de la política	813
8. Los avatares del interés definido en términos de poder en la formulaicón de las políticas públicas ...	813
9. Consideraciones finales	814
Referencias	816

CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL NA MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECISÕES DECLARATÓRIAS DE INCONSTITUCIONALIDADE NOS JULGAMENTOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO 819

Fernando Leal e Daniela Gueiros Dias

1. Introdução	819
2. Metodologia	822
3. Dos conceitos adotados	825
3.1. O que se entende por argumentos consequentialistas e as manifestações do consequentialismo judicial	825
3.2. Modulação temporal da declaração de inconstitucionalidade	826
4. A utilização de argumentos consequentialistas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	828
4.1. Respostas aos problemas de pesquisa (ou a falta de evidências empíricas para a elaboração de prognoses).....	829
4.2. Análise crítica	834

4.2.1. Tratamento diverso a tipos idênticos de consequência.....	834
4.2.2. Prognoses e cadeias de consequência sem provas.....	836
5. Considerações finais	839
Referências.....	840

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO DOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO845
 Fabrício Veiga Costa, Ivan Dias da Motta e Dalvaney Aparecida de Araújo

1. Introdução	846
2. A dignidade da pessoa humana e o acesso à saúde como mandamentos de otimização	847
3. Direito à saúde como direito fundamental de todos	852
4. Judicialização de políticas públicas na seara da saúde	855
5. Os efeitos da judicialização da saúde e a atuação do Supremo Tribunal Federal.....	857
5.1. Os julgados do Supremo Tribunal Federal e a fixação de parâmetros como norteador de decisões judiciais	857
5.2. A perigosa fixação de parâmetros para casos jurídicos envolvendo a judicialização da saúde.	865
6. Considerações Finais	869
Referências	870

NORMAS EDITORIAIS.....875
 Envio dos trabalhos:.....877

I. INTRODUÇÃO

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**The Datasphere and the Law:
New Space, New Territories**
A Datasphere e o Direito: Novo
Espaço, Novos Territórios

Jean-Sylvestre Bergé

Stéphane Grumbach

VOLUME 7 • Nº 3 • DEZ • 2017
DIREITO E MUNDO DIGITAL

The Datasphere and the Law: New Space, New Territories*

A Datasphere e o Direito: Novo Espaço, Novos Territórios

Jean-Sylvestre Bergé**

Stéphane Grumbach***

ABSTRACT

Although many studies have been carried out on the way the law understands and deals with the digital revolution and particularly the *Internet*, we are unaware of any studies on the data sphere creating a new “space” for the law. This article, written as a result of discussions between a computer scientist and a lawyer, intends to challenge the constructions of International and European law as this new subject emerges and to examine relationships able to be formed with the territories. First, we need to define what the datasphere is; and second, we will re-consider, by way of case study, four highly topical areas: A. Platform activity; B. The portability of digital content services in intellectual property law; C. The right to be delisted; and D. The transatlantic transfer of personal data.

Keywords: Datasphere - Technosphere - Space - Territory - Internet - Intermediation platform - Delisting - Portability of online content services - Transfer of data

RESUMO

Embora muitos estudos tenham sido realizados sobre a forma como a lei entende e lida com a revolução digital e particularmente a *Internet*, desconhecemos quaisquer estudos sobre a esfera de dados criando um novo “espaço” para o Direito. Esse artigo pretende desafiar as construções do Direito internacional e Europeu à medida que esse novo assunto emerge; e, examinar os relacionamentos capazes de se formar com os territórios. Primeiro, precisamos definir o que é o datasphere; e, segundo, iremos considerar, a título de estudo de caso, quatro áreas atualmente relevantes: A. Atividade da plataforma; B. A portabilidade dos serviços de conteúdo digital no Direito de propriedade intelectual; C. O direito ao esquecimento; e, D. A transferência transatlântica da data pessoal.

Palavras-chave: Datasphere - Technosphere - Espaço - Território - Internet - Plataforma de intermediação - Exclusão - Portabilidade de serviços de conteúdo online - Transferência de dados

* Artigo convidado

** Law Professor at the University of Lyon – IUF. Email: jean-sylvestre.berge@univ-lyon3.fr

*** Director of research at INRIA, director of the IXXI (ENS Lyon). Email: stephane.grumbach@inria.fr

1. Although many studies have been carried out on the way the law understands and deals with the digital revolution and particularly the Internet¹ (to a lesser extent, on the general issue of the relationship between geography and the law²), no study has attempted to establish a link between the datasphere, considered as a new space derived from the technosphere³, and the law⁴.

This can undoubtedly be explained by the fact that the law, like all traditionally-established disciplines, is organized into many separate specialities. The highly sophisticated nature of each particular speciality prevents them from developing freely beyond their established boundaries. To understand and implement a relatively new and extremely large-scale phenomenon would require a boundary-less approach, with no reference to any starting point specific to any one area of law, including international and European law⁵. This approach could only work if it were multidisciplinary, the specialist accepting a certain temporary dilution of their high-level, technical knowledge and open to other disciplines. To enable the various disciplines in question to identify and describe new phenomena that have not yet been fully assimilated into either of them, this open approach is the only way information can be received and shared effectively.

That is the adventure we would like to embark upon here. Two researchers, one in computer science⁶ and the other in law⁷, ask how the law could re-examine its constructions in light of the emergence of the datasphere as a new space.

2. One could question the relevance of a study on the entire technosphere, i.e. a study focusing on the over-arching level of complex systems that humanity has developed, rather than on one particular aspect such as the *Internet*⁸. Nevertheless, this choice can be justified by the interdependence that exists between the systems. Our modern era has been shaken by profound and fast-moving changes affecting a broad spectrum of areas ranging from our environment to the very organization of our societies. Everything seems susceptible to challenge, from the sustainability of our economic and political models, to the robustness of our means of interaction with our planet. The increasing impact of human activity on the planet has effectively led to the introduction of a new geological era, the Anthropocene, characterized by the determining influence of humans upon the climate and the environment⁹.

Although it is still not officially recognized as a stratigraphic unit and although it still stimulates debate within the scientific community, the Anthropocene era provides an extremely useful conceptual framework

1 From among the prolific amount of literature on the subject, note in particular the 2013 conference papers of the SFDI, Internet and international law, with the great many bibliographic references they contain, Pedone, 2014. Comp., C. Castets-Renard's book in French, *Droit de l'Internet: droit français et européen*, Montchrestien, 2012 and the book by L. Street, M. Grant, S. Sheets Gardiner in English, entitled *Law of the Internet*, Lexis Nexis, 2015.

2 See in particular the collaborative study on this theme directed by P. Forest, *Géographie du droit - Epistémologie, développement et perspectives*, Presses universitaires de Laval, 2009, containing a very comprehensive historical account of the trend Legal Geography across the Atlantic ("*Géographie du droit: l'épissure de la norme et de l'espace*", spec. p. 23). See also, the pioneering work of geographer J. Gottmann (in particular, *The Significance of Territory*, The Univ. Press of Virginia, 1973) that sought predominantly to interpret the language of judges (international judges, Supreme Court judges) across the territories.

3 The term "space" should be understood here in its most inclusive and encompassing sense, in the same way as the terrestrial, maritime, airspace (etc.) spaces defined by the lithosphere, hydrosphere, atmosphere (etc.).

4 Research into the databases of English language legal journals (Westlaw) using the keywords "datasphere" or "technosphere" produce very few results; the situation in French journals is no better: there are no articles that mention the expressions in the title or the keywords (source: Doctrinalplus).

5 See this suggestion put forward in relation to the phenomenon of movement by J.-S. Bergé, *Le fait de circulation inter-territoriale: la méthode du juriste en question*, JDI 2016, 61.

6 Stéphane Grumbach - <https://who.rocq.inria.fr/Stephane.Grumbach/>

7 Jean-Sylvestre Bergé - www.universitates.eu

8 From the Internet to cyberspace, the concepts are numerous and often poorly defined. The Internet is a physical infrastructure, often confused with the web, which is a services infrastructure. Cyberspace is composed of private and public players, material or virtual, who contribute to the building and operation of the digital economy. The datasphere is a much more general concept, reflecting the various spheres of earth sciences.

9 S. L. Lewis ; M. A. Maslin, *Defining the Anthropocene*, Nature, 519(7542), March 2015, p. 171.

for comprehending the global nature of the transformations currently affecting the world¹⁰. These changes disrupt many balances, from the stability of chemical transformations to political and economic power relations and bring territories and borders into question.

The earth sciences subdivide the environment into a collection of spheres, such as the lithosphere, atmosphere or biosphere. Each of these spheres has its own particular logic. They drive chemical and physical transformations, movements of matter, all of which are of a homeostatic nature, i.e. have the capacity to maintain a stable equilibrium. The spheres therefore have a conservative dynamic¹¹. A good illustration of this type of transformation is the water cycle, where water flows into rivers, joins up with the sea, evaporates and falls back down to earth.

3. The technological developments surrounding us, upon which humanity now depends as much it does upon our planet's other resources, have led to the emergence of the concept of the technosphere, inspired from the classic spheres within the Earth sciences. The technosphere is made up of the interconnecting systems of communication, transport, exploitation of raw materials, energy production, industrial transformation, modern agriculture and administration. The concept is consistent with the importance of the transformations at work and their impact on the planet. The movement of solid matter resulting from the technosphere is of the same order of magnitude as that produced by the other spheres, such as the hydrosphere for example¹².

Like the other spheres, the technosphere is deployed across the entire planet. As surprising as might seem at first, it is also becoming increasingly independent of human decision in much the same way as the other spheres. Its autonomy is advanced further by the dependence our societies place on the technosphere's operation, without which our lives on Earth would be considerably more restricted, together with the complexity of its organization.

The technosphere offers an extremely useful systemic framework for modeling two currently essential agents of transformation; climate change and resources on the one hand, and digital organization on the other. The debate on climate change, like that on the emission of CO₂ into the atmosphere that is produced on a particular national territory but has a global impact, challenges both the principle of sovereignty of the Nation State and the limitations on powers of intervention. They drive for new rules of law, particularly international and European law. However, despite being a fundamental field of investigation¹³, we will leave the technosphere aside to focus on the new digital space that regulates and controls the technosphere and on the new relationships with the territories concerned¹⁴.

4. The datasphere poses many challenges to the various constructions of the law (both public and private, at local, national, European, international and transnational level). We will address the issue from two different perspectives to try and understand these challenges through the prism of international and European law. The first approach considers the datasphere as a whole (I.). The second considers a variety of illustrative cases, chosen in light of the most recent developments, which fuel a more detailed reflection

10 For a study in environmental law, see A. Geslin, *Etats et sécurité environnementale, états de l'insécurité environnementale : de la recomposition normative des territoires à l'esquisse d'un droit de l'anthropocène*, in J. Tercinet (dir.), *Etats et sécurité internationale*, Bruylant 2012, p. 87. For a very recent study in American law: see E. Biber, *Law in the Anthropocene Epoch* (September 2, 2016). UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2834037. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2834037> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2834037>

11 PK Haff. *Technology as a geological phenomenon: implications for human well-being*. Geological Society, London, Special Publications, 395(1), 2014, p. 301.

12 PK Haff. *Technology and human purpose: The problem of solids transport on the earth's surface*. *Earth System Dynamics*, 3(2), 2012, p. 149.

13 On this equally abundant subject, see for example, with the plentiful suggested bibliographic references, M. Fitzmaurice, S. Maljean-DuBois, S. Negri (ss. ed.), *Environmental Protection and Sustainable Development from Rio to Rio+20 - Protection De L'environnement Et Développement Durable De Rio À Rio+20*, Brill - Nijhoff, 2014; S. C. Aykut and A. Dahan, *Gouverner le climat ?*, Sciences Po - Les Presses, 2015.

14 On the links between these two transformations, environmental and digital: S. Grumbach, O. Hamant. *Digital Revolution or Anthropocenic Feedback?* 2015. <hal-01227303>.

on the datasphere (II.).

1. THE DATASPHERE CONSIDERED AS A WHOLE

5. To measure the importance of the legal changes triggered by the world of data, the “datasphere” needs to be considered as a new space (A) that creates new types of relations with territories (B).

1.1. The “new space” phenomenon

6. The development of information and communication technologies, such as smartphones and the numerous sensors spread across the public and private space, has promoted the digitalization of a considerable quantity of data on human activity and on the world around us in general. Units of measurement such as zetta, denoting thousands of billions of billions, 10^{21} , have been introduced to designate these orders of magnitude, known in the realm of natural sciences, but until recently absent from the realm of human activity. Today the quantity of data is increasing exponentially in accordance with a law similar to Moore’s law, which in 1965, predicted that computers’ capacity would double every 18 months.

The data, closely linked to the algorithms supporting them, make up a new space known as the “*datasphere*”. This is a digital sphere or data sphere, a kind of reflection of the physical world, in which we detect traces of the activity occurring in the physical world, such as our position at any given moment, our exchanges, the temperature of our homes, financial movements, trade of goods or road traffic.

This digital sphere allows activities that did not previously exist to be created, such as search engines for accessing knowledge. However, it also enables activities that have always been ensured by players in the physical world to be transferred into the digital sphere, such connecting drivers with passengers.

7. In order to understand the datasphere as a new space, we must regard it from a holistic perspective, as a system formed by the whole range of digital data in its various forms. Where the hydrosphere is based on the water molecule in its various forms (frozen and flowing), the datasphere is built on a component, the data bit, independent of who controls the various data bits, network nodes or the essential services exploiting the data.

In the same way as we can distinguish the different states of water of the hydrosphere, we can identify different states of data. These can be open, meaning fairly widely accessible, or closed, meaning accessible but with tight access restrictions. They can be static, at rest somewhere, or dynamic, in motion. As for water on earth, we observe a data cycle, from little drops to large masses and vice versa. The data is generated from the activity of humans or equipment (the sensors) in the territories, flows into storage and data centers and returns to the individual players following transformation.

8. Like the hydrosphere, the datasphere interacts with the global environment. It is anchored in the physical and economic world on which it is based, whilst also being largely independent, like oceans or clouds.

The grounding is first physical. The datasphere rests on physical infrastructures. The data centers are important infrastructures, storing and processing the data and managing interactions with the outside world and its players. The communication infrastructures, undersea cables and satellites support the bulk of exchanges. Telecommunication operators ensure connection with final entities, whether they are persons or things. This physical infrastructure is far from negligible. It currently consumes close to 10% of the world’s electricity.

The grounding is also economic. The datasphere is built on a certain number of large economic players, large multinationals first and foremost, whose headquarters and branches have complex links with the territories, as revealed by Edward Snowden's leaks into the international public arena. The issue of the public agencies' access to data for security reasons is changing at global level due to political challenges, but also due to the extremely rapid evolution of technology and systems. The datasphere's grounding in the economy is becoming increasingly intense. Never has any industry known such rapid growth in capitalization. In 2010, half of the global top 10 companies by market capitalization were oil companies. Today, data has replaced oil, and now more than half of the global top 10 companies by market capitalization are digital platforms, all American or Chinese at present. A single oil company¹⁵ has survived this reversal of trend, so symptomatic of the rebound of the Anthropocene era.

9. Considered as a new space, the datasphere challenges the law on the way it understands spaces in the widest sense of the term, as intended here.

The solution must principally be sought in the constructions of public international law. There exists an international regime of spaces where international law adopts an overall approach to land space; the sea, international canals, rivers and lakes, the air, outer space¹⁶.

The question is whether the datasphere requires the same "need of law"¹⁷ justifying an overall approach in terms of "space". Answers have been given in the specific context of the Internet, for example. The image of "cyberspace", its ambitions for independence¹⁸, its own regulatory regimes and the types of players involved undoubtedly feed wide-ranging debate on the subject¹⁹.

However, what about the datasphere, with a larger extension, potentially covering the whole of human activity on the planet? Has there been a proposal for a global study to identify that sphere as a space, potentially subject to one or more legal regimes? It seems that the answer has to be negative.

Legal constructions do not yet recognize the datasphere as a new space. Unlike the other spheres (such as the lithosphere, the hydrosphere, the atmosphere), the datasphere is not yet considered as creating a specific field of human activity into which the law could intervene and organize.

10. Nevertheless, this area warrants reflection and examination, particularly on the overall relationship between the emergence of a new space and the definition of new relationships with territories²⁰. The perspective of a new space allows an overarching concept to be established, not currently addressed in the literature on the subject, and which would improve our understanding of the classic or potentially newly-formed relationships with territories.

1.2. The new relationships with territories

15 Exxon up with Apple, Alphabet, Microsoft, Facebook, Amazon, and Tencent.

16 In books on public international law, we find systematic reference to these various spaces. See, for example, with the many suggested bibliographical references: P. Daillier, M. Forteau and A. Pellet, *Droit international public*, 8th ed. LGDJ, 2009, n° 298 et seq.; n° 662 et seq.

17 For use of this expression ("a need of Law") in relation to the suborbital space, see P. S. Dempsey, M. C. Mineiro, *Suborbital Aerospace Transportation and Space Traffic Management: A Vacuum in Need of Law* (October 3, 2008). Presented at the 59th IAC, Technical Session E3.2 on Space Policies and Programs of International Organizations, held in Glasgow, Scotland 2008. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1285623>.

18 See in particular, A Declaration of the Independence of Cyberspace by John Barlow, 1996. <https://www.eff.org/fr/cyberspace-independence>

19 See with the numerous cited references, A.-T. Norodom "Propos introductifs - Internet et le droit international: défi et opportunité?", in *Internet and international law*, prec., spec. p. 11 et seq.

20 On the relationship between the space and the territories enabling it to be defined, see the fine study presented by A. M. Brighenti with its many cited references, "Pour une territorialogie du droit", in P. Forest (ed.), *Géographie du droit - Épistémologie, développement et perspectives*, PUL (Laval), 2009, spec. p. 244.

11. Two new types of relationship are formed from the emergence of a new space. First, the datasphere triggers the creation of new relationships with the conventional institutional territories (e.g. States, towns, international and regional organizations). Second, the “datasphere” space potentially gives rise to new territories.

12. New relationships with conventional or traditional institutional territories, formed as a consequence of the datasphere, are generated by the phenomenon of *detachment* from these territories. The technosphere creates new sets of circumstances, particularly those born out of the global digitisation process. Facts are seized by data. The collection, processing and movement of such data in dematerialized form create circumstances that are detached from the conventional territories. The data generates a value that is independent and intangible from the physical resource itself²¹. Once this data moves around in its own sphere, it generates a new relationship with the traditional institutional territories.

This phenomenon raises numerous difficulties.

Detachment from traditional institutional territories raises the issue of the maintenance of existing legal mechanisms that currently establish links between circumstances the law wants to govern and the territories producing the law. In order to localize a circumstance in a global space comprised of several territories, the law defines spatial applicability rules²² that establish a connecting factor between the rule of law produced by a given normative authority (a State, a town, an international or regional organization) and the concrete circumstances. This connecting factor is based on an extremely diverse set of localization criteria, whether factual (location of an asset or a person on a territory at a given moment) or the consequence of a legal construction (nationality, domicile, registration).

However, these localization criteria are distorted when considered from the datasphere perspective. If the circumstance to be considered as detached from conventional institutional territories, other connecting criteria must be developed, or even devised, between the circumstance to be governed and the rule of law. We will come across this far-reaching difficulty in relation to the four case studies considered in the second part of this analysis²³.

13. The other perspective offered by the emergence of a new “datasphere” space is the emergence of new territories, distinct from the traditional institutional territories. The way in which the law has dealt with new territories in other existing spheres is a classic illustration of the lawyer’s ability to revisit their subject areas in line with developments in human ingenuity. There are many relevant illustrations of the law’s quest to cover human ingenuity with its constructions: the atmosphere and space laws in continual transformation²⁴, the hydrosphere and current discussions on regulation of the high seas²⁵, the lithosphere and the highly-debated case of the Arctic²⁶ and even the biosphere and all of the legal constructions developed

21 We might think that most of the data reaching the data sphere originates from urban areas. This is far from being the case. In actual fact, the agricultural areas, although poorly populated, are becoming increasingly connected to the data sphere. In the United States, half of the areas under cereals are connected to the data sphere and gathered data from sensors installed in the land parcels continuously provide the farmers with precise information on water and pesticide requirements, for example. The service provided to farmers is made possible by the combination of macro level data, for example meteorological, with macro level data supplied by the sensors. In addition to this relevant short-term information, the data sphere also provides relevant long-term information, for example, which crops to plant for the following year in light of climatic predictions. We can see that no area of human activity remains uncovered by the data sphere.

22 On this concept that is a highly interesting entry opportunity for all questions on the spatial scope of application of the rule of law, see the major study of M. Fallon, *Les règles d’applicabilité en droit international privé*, in Mélanges to Raymond Vander Elst, ed. Nemesis, Brussels 1986, p. 285. See also, by the same author: “*Les frontières spatiales du droit privé européen selon le droit de l’Union européenne*”, in E. Poillot and I. Rueda (ed.), *Les frontières du droit privé européen / The Boundaries of European Private Law*, Bruylant 2012, p. 65.

23 See Below, Part II.

24 On which, in particular: A. Costes, *L’évolution Du Droit De L’espace En France*, Paris, Ministère De La Recherche Et Des Nouvelles Technologies, 2003 ; M. Couston, *Droit Spatial*, Ellipses, 2014.

25 In March 2016, the UN announced the opening of negotiations on the legal regime of the high seas.

26 See the international symposium organized by the IILA (Scientific Ed. R. Bismuth), *L’Arctique, Nouvelle Frontière Du Droit International?* June 2016.

around natural resources, such as food resources²⁷.

Various routes could be explored to this end with regard to the technosphere. One would be to define the territories within the datasphere according to proximity to the conventional institutional territories and their rules of access, just as for maritime space that distinguishes the high seas, exclusive operating zones and territorial zones. We could also point to the deep web, made up of non-indexed data produced by the various search engines. In fact, the majority of data lies within this zone. The much smaller dark web is made up of data transiting through virtual networks and is only accessible by means of specific software, such as *Tor* or *Bitcoin*, a zone that is doing its best to liberate itself from existing rules of law²⁸.

We could also explore the possibilities and limits of a territorialisation of this new space. The uniqueness of the worldwide communication protocol between computers (TCP/IP), which makes up the infrastructure for the exchange and transformation of data, is what gives the datasphere its homogeneity. The use of separate protocols in different world regions would create disjointed territories, communicating between each other using limited broadband channels. Such a possibility has been considered as a balkanisation of the Internet²⁹. By using a standard protocol, it is also possible to control what passes through the channels. Certain countries, such as China or Russia, have built firewalls in this way generating new borders and enabling two-way limits to be put on exchanges, i.e. on both access to zones outside boundary areas and on the reciprocal importation of data. The delimitation of their frontiers or borders and their potential lack of correspondence with classic institutional borders obviously provokes questioning.

14. Acceptance of these new territories generally goes hand in hand with the acknowledgement of new players contributing to a change in the existing power relationships. A considerable amount of literature has been written on the existence of transnational legal spaces, detached from the traditional state or interstate territories, which are capable of producing their own specific law - transnational law - most often bringing new players into transnational society³⁰. This type of issue, which is no new challenge, readily applies to the datasphere. It has been the subject of many studies on Internet governance issues³¹. It would require wider analysis with respect to the datasphere.

As we will see, all of these general questions are relevant when dealing with the specific circumstances arising from the emergence of a new space and the new relationships with territories.

2. THE DATASPHERE – CASE STUDIES

15. We have selected four themes with which we will continue analysing the datasphere as a potential subject-matter of international and European law: platform activity (A), the portability of digital content services in intellectual property law (B), the right to be delisted (C) and the transatlantic transfer of personal data (D). These diverse and highly topical subjects³² clearly illustrate the potential of a “datasphere” perspective in international and European law.

27 On which, see the various research studies carried out by the ERC Lascaux programme and the action currently being undertaken: <http://lascaux.hypotheses.org>

28 J. Wood, The Darknet: A Digital Copyright Revolution, *Richmond Journal of Law and Technology*, 2010, 16(4), P. 15.

29 D. Polatin-Reuben, J. Wright, An Internet with Brics Characteristics: Data Sovereignty and the Balkanisation of the Internet, 4th UNENIX Workshop on Free and Open Communications on the Internet (FOCI 14), 2014.

30 We will mention just two recent books and: G.-P. Callies et P. Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code - A theory of Transnational Private Law*: Hart, 2012; G. Lhuillier, *Le droit transnational*, Dalloz 2016. For a linking of these transnational spaces and the importance taken by quantification companies, see the book by A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015.

31 See in particular the references suggested in note 1.

32 Each of these themes could be the subject of a separate study. They are not studied separately here. The bibliographic system will therefore be greatly reduced.

2.1. Platform activity

16. The large digital platforms³³ are new players, which differ radically from other public or private entities in numerous respects. They center on two main pillars. The first is the direct relationship with their “users”, for whom they provide easy access to services. The second is the ecosystem they establish that allows many service operators to pass through the platform in order to reach their users.

The platforms are first and foremost intermediaries. They connect service consumers with matching service providers in a two-sided market. An urban transport platform, for example, operates in this way, connecting drivers and passengers. It is also how history’s first large platform, the search engine, operates, acting as the intermediary between webpages and people searching for content using the engine.

In general, the platform does not interact with its users beyond data exchange³⁴. A search engine exchanges keywords entered for a search with an ordered list of relevant pages.

In addition to this actual exchange of data, the platforms also provide financial exchanges that can be viewed as a particular type of data exchange.

The platforms therefore ensure inter-mediation using only the data available to them, entirely within the technosphere’s digital layer, with no interaction, other than digital, with actors in the physical world. In doing so, they take over from actors in the physical world who then offer services to their customers and ensure their provision, such as taxi companies in the urban transport business.

17. It is easy to understand the reasons for the success of platforms, and even the inevitable decline³⁵ of traditional operators. This success is due firstly to the high quality of the digital services, the superior level of technology and the possibility of personalizing the services. Secondly, it is due to their ability to deal effectively with considerable masses of data, which means being able to provide an unrivaled quality of service. Finally, and above all, their independence from the physical world greatly increases the platforms’ capacity for supplying services compared to traditional service operators.

Beyond the above comparative advantages of digital operators, the platforms radically transform the world of services because they exist in the digital sphere. This transformation causes four critical ruptures of traditional organization³⁶.

The first is the capacity to switch from one side to the other, for instance a service consumer can become a service provider and vice-versa. This role reversal is difficult in the physical world. The service providers have a legal existence and also often need a right to exercise. In the digital world, any person could be a potential service provider. It is this reversibility that, in particular, enables the sharing economy and activities such as car pooling.

The second rupture relates to a new contract of trust and confidence, which is no longer founded on a vertical organization, but on a horizontal construction based on peer assessment and evaluation. The quality of a service provider, for example a driver, is no longer appraised hierarchically by their employer, but by the people who have been in relationship with them and have given feedback. This new horizontal form of trust relationship is what makes the platforms possible.

The third rupture follows from the quantity of data handled, which becomes a resource for unlimited

33 Among which, Google, Apple, Microsoft, Facebook, Uber, Amazon, Alibaba, Baidu, Tencent, to cite only a few emblematic examples.

34 There are at exceptions to this model. Certain platforms also distribute goods (e.g. Amazon) and others produce them (e.g. Netflix). However, this in no way invalidates the true innovation of the purely digital activity of the majority of platforms.

35 On this point, S. Grumbach, “*Qu’est-ce que l’intermédiation algorithmique*”, Bulletin de la société informatique de France, 1024, number 7, November 2015, p. 93.

36 J.-C. Rochet, J. Tirole, Platform competition in two-sided markets, Journal of the European Economic Association, 2003, 1(4), p. 990.

uses, much like oil. It should be noted that the platforms' economic model relies on their externalities, and not on what can first appear as their core business. For instance, the search engine, which collects a series of queries corresponding more or less precisely to a geographical and temporal context, potentially going as far as identifying the user, revolutionizes the advertisement economy.

The fourth fundamental rupture is based on the pricing system, which is also innovative. As for all two-sided models, the platform's payment method is not symmetrical. The credit card is a good illustration of this. It is free for consumers but charges merchants a proportion of the transaction. A great many services are free for their basic users, search engine, social networks, communication tools, etc. The economic model is grounded on other sides in which the externalities are exploited. For activities involving financial exchange, the platform is able to calculate the price in advance and to operate the transfer, which constitutes real progress. In addition, the price can be adapted and evolve dynamically according to supply and demand.

18. With personalized services, a new mode of trust and an independence of a particular offer, platforms are bringing out new features that can be used without any geographical limitations. They create new forms of territory, as a digital over-layer, detached from the conventional institutional territories (States, territorial authorities, international or regional organizations) and potentially have their own rules and their own payment methods. In this way, they might enter into conflict on conventional institutional territories, both national and local, and possibly regional and international. The emerging power relationships, however, are not easy to define. By virtue of their role, these platforms hold a status beyond that of a multinational and share a certain number of State prerogatives. They can print money, independently of State central banks. They sit at the core of defense systems and at the forefront of surveillance systems and the fight against threats on State security. They have a direct link with their users, a population distributed throughout the world, but with no borders. These platforms also contribute to the imposition of new norms of conduct.

Through the perspective of the various innovations enabling the platforms to operate, the law is challenged as to how to apply its traditional solutions to a new reality. The two-pronged central issue is how to establish a link between the old and new territories and how the new territories can free themselves from solutions deployed in the old territories.

19. The first issue highlights the difficulty to connect platforms with traditional territories. Employment law, the tax structure, civil and (in particular) criminal liability are structures that are equally grounded in traditional territories, and which need to apply to platform activity. For example, if it can be said that a relationship is formed between the platform manager and the driver of a car linking up with a customer, a relationship that potentially falls within employment legislation, the law governing the place of performance of the driver's service would have to apply to the platform³⁷. By imposing itself, national legislation re-establishes a connection between a traditional territory (the State of the place of performance of the work) and the link-up service, which has no physical point of attachment to that territory. In the same way, charging French tourist tax on the rental of a property located in France, such rental being made possible by a worldwide platform connecting landlords and tenants from around the world, would be a way of linking an intermediation activity that does not involve the intermediation actor on site, to a traditional territory³⁸. Finally, the re-occurring issue of the, albeit indirect, implication of platforms in cases of civil or criminal liability, which generate the circulation of illegal content on the digital networks, forms part of the same debate. Should the activity of platforms, which protect themselves from any connection to the territories sanctioning such content, be implicated within the legal provisions regarding imputability³⁹?

20. The second issue relates to the ability of the large global platforms to define their own law. A state-

37 Article 8 of (EC) Regulation n° 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

38 Let us remember that collection of the *taxe de séjour* by digital world intermediaries required an amendment of the law (Law n° 2014-1654 of 29 December 2014 relating to finances for 2015, art. 67).

39 For points raised in lively debate on the right to be delisted, see below, n° 26 et seq.

ment of their Terms-of-Service Agreement and their deployment on a global scale permits the red rag of a *lex electronica* to be waved, which would compete with the original state and interstate rules in their intention to govern legal relations. This debate around the emergence of a transnational law nurtured by globalisation, i.e. by a weakening of the central role played by the States, is not new⁴⁰. However, it is clear that the ground underlying the platforms' economy is particularly ripe for study. Discussions on this topic still remain wide open. The platforms themselves are keenly promoting the argument of subjecting their activity to the court and national law of the State in which they are established. The competing jurisdiction of the user's State courts over the applicable law has been fairly successful in resisting these claims⁴¹. We are therefore far from a fully transnational law even though we are led to recognize that the transnational activity of platforms generates specific practices that, through large-scale repetition, are becoming, if not the applicable law, at least an offer of law, which a considerable number of actors are more or less consciously accepting.

21. This dialectic relationship between old and new territories giving rise to the perspective of a new data space must not be understood as being one way. It is not simply the case of a law/modern player competing against a law/old player. Above all, there is an increasing number of traditional and new territories of law. Both old and new players must be able to become fully involved in this new space, it being a particular challenge for the old players who can only properly comprehend a new space if they develop the tools needed for it.

Neither the French labour inspectorate URSSAF nor the tax authorities can properly apply traditional national regulations in the datasphere without using technospheric tools. They must become fully fledged players in the platform economy. In order to do so, they must both use the same technological processes.

For example, an URSSAF application ("app" in digital jargon), connected to the UBER app linking driver and customer would be the indispensable instrument within the datasphere for the application of the rule of law for charging social security contributions and paying out social benefits in the exercise of certain professional activities. This ability of a traditional player to evolve in the new datasphere territories enables that player to assume its full part in a multisided world where the "public" app coexists with the "private" app. Like UBER, URSSAF is becoming a data intermediation platform and that is undoubtedly a necessary criterion for the effective implementation of the rule of law. All the players must be aware of their need to change, within the same space, within the various territories, traditional and new.

2.2. The portability of digital content services in intellectual property law

22. On 9 December 2015, the European Commission (EU) put forward a regulation proposal "on ensuring the cross-border portability of online content services in the internal market"⁴². This proposal meets the specific objective of enabling a user of online content services (particularly music and video) to have continued access to that content when they travel on a short-term basis to a member State that is not their country of residence. Currently, online content is not generally accessible. A subscriber, who spends a short time in another Member State and wishes to continue to have access to their subscription, finds themselves restricted from doing so. The geo-localisation of their network connection prevents them from having access to content in a Member State other than the one in which they contracted the online service.

To remedy this situation, article 4 of the proposal states, "The provision of an online content service to,

40 For a general and already dated approach to the issue, see in relation to copyright, from its first edition, A. and H.-J. Lucas, *Traité de droit de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 1994, n° 995; compared to the most recent edition (A. and H.-J. Lucas and A. Lucas-Schloetter), 2012, n° 1392 s.). For more general references to transnational law, see above, note 29.

41 For example, several French courts declared unenforceable the jurisdiction clause drafted in favour of Santa Clara County and contained in the general terms and conditions of sale of a famous social network platform. See recently, Paris Court of Appeal, Pole 2 - Chamber 2, decision of 12 February 2016, accessible on www.legalis.net.

42 COM(2015) 627 final.

as well as the access to and the use of this service by, a subscriber [...], shall be deemed to occur solely in the Member State of residence”. This is what is called the portability of online content services. The consumer has a right to access the online content wherever they are in an EU Member State. They carry access to the content by way of a connection to it in their habitual territory of residence.

23. There are several ways in which this European legislative proposal could be read. In a fairly classical way, we could regard the text as defining for the subscriber of online content services a new criterion of connection to the national territory in which they normally reside, where traditionally priority is given to a connection to the territory of the place where the online content is accessed. The clear objective of the solution, which is similar to that for the satellite broadcasting and cable transmission of content⁴³, is for access to online content to be governed exclusively by the law of the subscriber’s habitual country of residence. This then avoids regulatory obstacle caused by the subscriber’s movement.

But there is more. By proposing this connection criterion, the Commission is seeking to translate the existence of a new territory into the rule of law.

24. To understand the revolution at work in the European regulation proposal, one must visualize the situation as it exists today and that which endeavours to define the new connection to the territory of the online content subscriber’s habitual place of residence.

Currently, each time online content is protected by an intellectual property right (for example, copyright or a similar right), it is subject to an absolute principle of territoriality. For each national law territory, this principle states: access to online content in country A comes under law A and access to online content in country B comes under law B. This solution, solidly grounded in European private international law legislation⁴⁴ and strongly reaffirmed by the European Court of Justice⁴⁵, demonstrates that, in current positive law, online content accessible in country of connection A cannot be accessed in country of connection B. Other than taking out several subscriptions, each subject to a different law, the consumer only has access to online content from their habitual country of residence.

The European regulation proposal radically modifies this situation. It is clear that the proposal continues to connect the operation, here access to online content services, to a traditional institutional territory; that of a State. However, connection to the subscriber’s habitual place of residence is a real revolution. The discontinuation of a strict criterion of territoriality and its replacement with a criterion founded on the stable localisation of the person of the subscriber confers on the latter the status of the seat of a new territory of access to online content. Through a fiction of law, the law is redesigning a space for accessing the technosphere by abandoning the actual place where the network was accessed and preferring a theoretical place defined by reference to the subscriber’s habitual residence. The digital space is no longer fragmented as it is today between the multiple territories of network access. The digital space is represented in its European dimension by a connection to just one single territory. It is true that the solution does not have universal scope. It only applies in relation to the European territory because of a lack of an equivalent international regulation proposal, but it translates well the idea that a digital territory exists in the technosphere subject, for a determined operation - here access to online content services to which a consumer has subscribed in the European space - to a single legal regime.

This change of criterion severely disrupts the current model of the individual and collective management of copyright and related rights in the European space. It was not by coincidence that on the same day,

43 Directive 93/83/EEC on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission.

44 Regulation (EC) n 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (“Rome II”), article 8.

45 See in particular: ECJ, 3 Oct. 2013, aff. C-170/12, Pinckney. For a general presentation on the principle of territoriality in the international and European context, see, with the various suggested references, J.-S. Bergé, *La protection internationale et européenne du droit de la propriété intellectuelle*, Larcier, 2015.

the Commission opened debate on a new European copyright framework⁴⁶.

25. This paradigm change, from the territory in which the content is accessed to the territory of the user's habitual residence, could lead to an even greater abstraction: the user's direct connection with the law of the digital platform and no longer just the law of a physical territory, whether that be the consumer's habitual residence, or that of access to the data.

This hypothesis is not fictitious⁴⁷. Each time a platform defines a legal regime of large-scale availability by way of contract for content protected by an intellectual property law, it is creating conditions for the emergence of a global contract law that competes, whether we like it or not, with the other mass provisions that are not necessarily accepted by the conclusion of a prior contract. This is the case, for example, of non-voluntary licences subject to a system of compulsory legal remuneration managed on a collective basis. This law of a contractual nature is obviously not independent of any state or interstate law. However, its source is no longer the reference which, up until now, has been omnipresent in this area, that of a strict territoriality of the applicable national law. The source is found in the digital territory, detached from the conventional institutional territories and with which it interacts in the same space: the datasphere.

The "datasphere" space is helpful because it can connect the action of the various players: one dealing with the situation by way of contract and the other intending to act by way of regulation. The two methods are not simply contrary or alternative. They take account, in the same space, of the coexistence of different territories, some traditional and others more recent.

2.3. The right to be delisted

26. The expression "right to be forgotten" describes very different legal situations depending on the legal context in question⁴⁸. In the context of European Union law, this expression and its variants, the right to erasure or, specifically for the digital environment, the right to be delisted (the expression we use here), were created from two important recent developments. The first was the European Court of Justice's famous case *Google Spain* which, through a broad interpretation of the European directive on data protection and the European legal armoury for the protection of fundamental rights⁴⁹, consecrated a right to be delisted⁵⁰. The second is based on the very recent adoption by the European legislator of what is known as the "Personal data protection package". Four years in discussion, an important regulation⁵¹ is contained within this legisla-

46 COM(2015)626 final.

47 In the case envisaged here, we might include the agreements concluded by Googlebooks with the large number of editors all over the world. For caselaw developments across the Atlantic and in France, see respectively the chronicles of P. Kamina, *Comm. com. electr.* 2016, *chron.* 3, n° 4 and F.-M. Piriou, *Comm. com. electr.* 2010, *study* 11.

48 For an overall presentation in the national, international and European context, see these three recent publications: C. Castets-Renard (ed.), — *Quelle protection des données personnelles en Europe?*, Larquier, 2015, *spéc.* p. 9 s.; A. Grosjean (ed.), *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données*, Larquier, 2015, *spéc.* p. 245 s.; A. Debet, J. Massot and N. Metallinos (ed.), *Informatique et Libertés. La protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, Lextenso, 2015, *spéc.* n. 1576 s.

49 Articles 2, sub b) and d), 4, paragraph 1, sub a) and c), 12, sub b), and 14, para 1, sub a), of Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995, on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and article 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

50 ECJ, 13 May 2014, C-131/12 : "articles 12, sub b), and 14, para 1, sub a), of Directive 95/46 are to be interpreted as meaning that, in order to comply with the rights laid down in those provisions and in so far as the conditions laid down by those provisions are in fact satisfied, the operator of a search engine is obliged to remove from the list of results displayed following a search made on the basis of a person's name links to webpages, published by third parties and containing information relating to that person, also in a case where that name or information is not erased beforehand or simultaneously from those webpages, and even, as the case may be, when its publication in itself on those pages is lawful" (§ 88). The Court of Justice made another decision on the subject (ECJ, 1 Oct. 2015, *aff.* C-230/14, *Weltimmo*) that submitted the circumstances to the law and authority of the Member State to which the data processing is directed.

51 Regulation (UE) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing directive 95/46/EC (general data protection regulation).

tive package, the aim of which is to replace the protection regime defined by directive⁵². The text contains a provision specifically dedicated to the right to erasure, also called the “right to be forgotten”⁵³.

The *Google Spain* decision was followed up in France by the French data protection authority (CNIL). In a decision of March 2016⁵⁴, the authority decided to prosecute Google who, to conform to the interpretation given by the European Court on the data protection directive, proposed, on the one hand, to limit delisting to European extensions of its search engine and, on the other hand, to put filtering in place to guide European Internet users towards these European extensions to the search engine. The CNIL rejected these proposals⁵⁵ and Google announced its intention to appeal against its decision⁵⁶.

27. The issue of delisting is particularly complex. Implementation of the right to be forgotten in digital society raises completely different issues from its implementation in the pre-digital era. When a search engine allows access to pages containing references to a person, these pages can date back a relatively long time and, for example, may have been published in the press. Delisting consists of deleting references to such pages on the search engine. The problem is not the existence of the pages, but that they are easily accessible. The press organization could be held liable particularly if it has a search engine on its own pages or on the intermediation platform owning the engine. The legislator chose to allow legal action to be brought against the latter.

The *Google Spain* decision made by the ECJ has many consequences. The first is a transfer of jurisdiction from the public authorities or courts to the Google platform, which became responsible for receiving and processing delisting requests, assessing their acceptability and implementing them.

The second consequence, while deploring the lack of transparency of an engine with a secret algorithm, is that the delisting of hundreds of thousands of people-related pages might change the results of queries that have no relation to such people, therefore rendering the engine’s functioning even more obscure.

The third consequence is the further consolidation of Google’s power. By the simple fact that it receives requests for delisting, Google is benefitting from the non-solicited contribution of particularly sensitive information on persons within the European territory. In addition, if by its power, Google is in a position to establish such a service, its potential and smaller competitors will have to deal with an extra obstacle in order to come up against the giant.

28. Faced with this difficult situation, the informed consideration of the existence of a datasphere leads to two major observations that we cannot completely bypass.

The first observation relates to the fact that the datasphere has a memory that, from a practical point of view, is indelible. Data made available on the networks is immediately taken up by a multitude of servers in different physical locations. The rule of law can make access to the data in question more difficult. This is what the European mechanism of delisting provides. However, it cannot, as in the past with physical files, guarantee that the data is destroyed outright. This fact does nothing other than to confirm the existence of a datasphere encompassing all territories. A law-producing territory must know that it is ignorant of a large part of the developments in the environment it operates within. This does not mean that it should not act or is powerless to act. It simply means that it cannot ignore the limitation to which it is subject and which makes the deletion of undesirable information difficult and, in this case, impossible.

This first observation leads on to a second. Lawyers cannot operate in the datasphere without serious reflection on the spatial dimension of their legal constructions. This is a crucial point for their processing of

52 Directive 95/46/EC, prec.

53 Art. 17 of Regl. (EU) 2016/679.

54 Deliberations in restricted formation n 2016-054 of 10 March 2016 imposing a financial penalty against Google Inc.

55 The decision can be accessed at: https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/d2016-054_sanction_google.pdf

56 Information made public via various media in May 2016. For example: http://www.lemonde.fr/pixels/article/2016/05/19/droit-a-l-oubli-google-contest-les-demandes-de-dereferencement-mondial-de-la-cnil_4922602_4408996.html

the situation. Due to its severe practical limitations, the confirmation of a law with no territorial limitation, which in practical terms is unsustainable in the long term. The situation must be reconsidered in light of the datasphere and the institutional or, as the case may be, new territories that are shaping it. In relation to the institutional territories, specific criteria must be used to identify situations falling within the jurisdiction of European inspection authorities on rules for data, as opposed to situations that do not. For the new territories, consideration must be given as to which technical resources could be implemented to define such territories within the datasphere for European situations. All of these discussion subjects are well-known and have been written about at length⁵⁷. The proposal put forward by Google along these lines could certainly be improved. On the other hand, the CNIL's position to impose global delisting solely on the grounds that the network is global, lacks any feasible basis.

2.4. The transatlantic transfer of personal data

29. The famous *Schrems* case of the European Court of Justice⁵⁸ is final example that illustrates the emergence of this new reality, the datasphere, in international and European law.

The *Schrems* case concerns the sensitive issue of the transatlantic transfer of personal data. In this case, the European court decided to nullify a European Commission decision⁵⁹, holding that a third State, the United States, did not comply with European data protection requirements. It held that that the personal data exported to third countries regarded as safe harbours did not benefit from the same level of protection as the favourable European regime. Significant in various respects⁶⁰, this case fits with our general perspective of the datasphere.

30. The cross-border flows of data are indeed an inherent element for a data space. It goes without saying that such flows largely, if not totally, exceed the frameworks in place in the conventional institutional territories. The States' territorial framework, like the territorial framework of a regional organization such as the European Union (EU), cannot relate to the actual geographical framework of the data flows unless the Internet is balkanized, which Western countries and Europe have always refused to accept. In these conditions, one can not claim to be able effectively to control data flows to external borders of the European territory. In a single movement, in a single space, the datasphere carries these data flows away, making it impossible for them to return within the borders.

The issue at stake in the *Schrems* case is therefore not so much the flows of data as the territory in which a lawyer examines the conditions of any use of personal data. The study subject is indeed the global flows of data but it can be examined in different ways from either side of the Atlantic. In its decision, the Commission considered that the American legal system could guarantee an adequate level of protection. The Court of Justice revoked this view and to a certain extent repatriated this assessment to within the European legal territory.

31. Beyond this analysis, an important shift is occurring. The traditional approach would be to examine flows of data in terms of the effective control of their movement between the various traditional institutional territories. The newer approach, importantly, focuses not so much on the control of movement within the datasphere as the distribution of jurisdiction between the various institutional territories capable of controlling the legal processing of data.

We are therefore in the presence of two competing approaches. The first is the classic thinking where the

57 See on this theme, with the many suggested bibliographic references, O. Tambou, *Protection des données personnelles : les difficultés de la mise en œuvre du droit européen au déréférencement*, RTDE 2016, 249.

58 ECJ, gde ch., 6 Oct. 2015, *Schrems*, C-362/14.

59 Decision 2000/520/CE of the Commission, of 26 July 2000) taken in application of this directive with a view to authorising the general transfer of personal data to a third country (the United States) considered as affording "an adequate level of protection" (art. 25 § 6 of Directive 95/46/EC) for such data.

60 For an analysis of the decision in terms of the non-equivalence of European and American protection of personal data, see our column with S. Touzé on the Interactions of European and International law, JDI 2016, n° 3,983.

rule of law denies the datasphere by claiming it can control data flows. The second is the new view where the rule of law accepts there the existence of the datasphere and does its best to identify the effective control points for processing the data flows.

Establishment of a “datasphere” space would also improve understanding of the developments in the environment of data flows. As in the above examples, the datasphere moves the core of analysis in international and European law. The question is not so much knowing whether the data can or cannot move between the traditional institutional territories. The crucial issue is to determine on which territories that movement should be considered for legal purposes.

The territories with competent jurisdiction are not determined in a neutral and objective manner, according to the movement perimeter and its localisation, because the presumption is that movement is total. They must instead be determined by a political will either to understand a phenomenon of widespread movement on one’s territory.

32. Most often, it will be for the traditional institutional territories where each State, each world region, is invited to define its scope of action, either alone or in cooperation with others. However, new players, located on new territories, may also have their own role to play. This is the direction in which the new arrangement known as the *EU-US Privacy Shield*⁶¹, currently in the process of adoption, is striving to move by giving companies handling transatlantic data flows a mechanism of self-certification.

However, in the same way as its predecessor, this arrangement will not be capable of preventing the full movement beyond control⁶² of personal data. Neither will it dispel discussion on whether data exchange should be controlled at European level or whether it can be validly delegated to players established in the new territories⁶³.

33. The “datasphere” is a phenomenon existing in the technosphere, which the law could seek to understand as a new space. It is marked by two types of territory: old and new. This space offers a framework for legal analysis necessary for understanding the new relationships developing with these territories. An overarching notion, the datasphere allows this new space to be defined holistically. It does not challenge, or even compete against the other spaces. It opens up the legal field of investigation to a new reality nowadays present in all areas of human activity.

61 The Commission’s decision endorsing this arrangement adopted the 12 July 2016 can be accessed via this link: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/privacy-shield-adequacy-decision_en.pdf

62 See this theme of “full circulation beyond control and the law”, at <http://www.universitates.eu/jsberge/?p=21027>

63 See the analysis put forward on this point by S. Peyrou on the GDR CNRS ELSJ blog in Feb. 2016: <http://www.gdr-elsj.eu/2016/02/14/droits-fondamentaux/transfert-de-donnees-personnelles-de-lue-vers-les-etats-unis-du-safe-harbor-a-l-eu-us-privacy-shield-reel-epilogue-ou-simple-peripetie/>

II. DOSSIÊ ESPECIAL: DIREITO E MUNDO DIGITAL

A. CRIPTOMOEDAS E TECNOLOGIA BLOCKCHAIN

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Passado, presente e futuro da criptografia forte: desenvolvimento tecnológico e regulação

Past, present, and future of strong encryption: technological development and regulation

Jacqueline de Souza Abreu

Passado, presente e futuro da criptografia forte: desenvolvimento tecnológico e regulação*

Past, present, and future of strong encryption: technological development and regulation

Jacqueline de Souza Abreu**

RESUMO

Os episódios recentes de bloqueio do WhatsApp no Brasil e de confronto entre Apple e FBI nos Estados Unidos retratam um cenário de embate entre Estados-nações e empresas que usam, em seus produtos e serviços, tecnologias de “criptografia forte” — do tipo que não oferece um mecanismo de acesso nem quando o devido processo legal foi observado. A partir de análise da literatura especializada, este artigo investiga como se chegou a esse ponto e quais as questões regulatórias em jogo. Primeiramente, mapeia o histórico das chamadas “guerras de criptografia” nos Estados Unidos e no Brasil. A seguir, analisa se e quando existe um dever jurídico aplicável a empresas de construir sistemas de comunicação e armazenamento de dados que sejam passíveis de realizar quebras de sigilo sempre que seguido o devido processo legal. Por fim, discute questões de política pública em pauta nos debates sobre criptografia forte: os potenciais efeitos para segurança pública e a proposta de “acesso excepcional”. O artigo conclui que, no quadro jurídico em vigor, não é evidente a existência de dever jurídico de ter habilidade de quebrar sigilo para empresas de tecnologia e internet e que, no atual estado da técnica, o balanço de riscos, custos e benefícios da criptografia forte recomenda a preservação incólume dessa tecnologia.

Palavras-chave: Criptografia. Whatsapp. Apple. Privacidade. Segurança.

ABSTRACT

Recent episodes of WhatsApp blocking in Brazil and the standoff between Apple and the FBI in the United States portray a scenario of clash between nation-states and private companies that use “strong encryption” — encryption that does not provide a mechanism for law enforcement access even when due legal process was observed. Based on an analysis of the specialized literature, this article shows how it came to this point and what regulatory issues are at stake. First, it maps the history of the so-called “crypto wars” in the United States and in Brazil. Next, it analyzes if and when there is a legal duty applicable to private entities to build communication and data storage systems that are susceptible to breaches of confidentiality, whenever

* Recebido em 27/10/2017
Aprovado em 09/12/2017

** Doutoranda em Direito na Universidade de São Paulo. Mestra em Direito pela University of California, Berkeley (EUA), com foco em direito e tecnologia, e pela Ludwig-Maximilians-Universität München (Alemanha), com foco em direitos fundamentais. Coordenadora da área “Privacidade e Vigilância” no InternetLab, centro independente de pesquisa em direito e tecnologia. Email: jacqueline.abreu@usp.br

due process is followed. Finally, it discusses policy issues at the heart of the debates on strong encryption: the potential effects on public safety and the ‘exceptional access’ proposal. The article presents two conclusions. First, that the putative legal duty applicable to technology and internet companies of having the ability to breach secrecy is not evident in the current legal framework. Second, that, in the current state of the art, the balance of risks, costs and benefits of strong encryption recommend the unimpeded preservation of this technology.

Keywords: Encryption. Whatsapp. Apple. Privacy. Security. Brazil.

1. INTRODUÇÃO

O aplicativo de mensagens instantâneas WhatsApp foi alvo de quatro decisões de bloqueio no Brasil, três delas que foram levadas a cabo, por não entregar conteúdo de comunicações de investigados em inquéritos e processos penais.¹ Desde o momento em que implementou a chamada “criptografia de ponta a ponta”,² a empresa responsável pelo aplicativo tem reiterado a impossibilidade técnica de cumprir ordens judiciais de interceptação.³ Diante disso, o então Ministro da Justiça Alexandre de Moraes declarou intenções⁴ de trazer um projeto de lei que regularia aplicativos de mensagens que utilizam criptografia e o Supremo Tribunal Federal convocou audiência pública⁵ para entender as complexidades técnicas dessa tecnologia.

No plano internacional, em 2015, a Apple desafiou judicialmente um pedido de acesso a informações contidas em um iPhone com “criptografia completa de disco”⁶ feito pelo *Federal Bureau of Investigations* (FBI) no âmbito de investigações de atentado terrorista em San Bernardino, na Califórnia.⁷ Basicamente, o FBI buscava a determinação judicial de que a Apple desenvolvesse uma nova versão do software do iPhone que fosse capaz de burlar medidas de segurança que a própria Apple criou para impedir o acesso não autorizado ao iPhone, o qual automaticamente encripta as informações nele armazenadas quando está no modo de repouso (bloqueado por senha). O FBI acabou abrindo mão desse pedido depois que conseguiu desbloquear o iPhone através de uma “solução” comprada de um terceiro.⁸

Esses dois episódios recentes, nacional e internacional, retratam um cenário de embate entre Estados-nações e empresas que implementam tecnologias de “criptografia forte” — o adjetivo decorre do fato de que

1 Tais ordens de bloqueio, e as respectivas decisões de suspensão do bloqueio, podem ser consultadas na plataforma <<http://bloqueios.info>>.

2 Tipo de criptografia que converte mensagens (texto, voz e vídeo) em dados cifrados, de tal modo que apenas os participantes da comunicação (as ‘pontas’) podem decifrá-las. Nenhum terceiro — nem mesmo o criador do software (no caso, WhatsApp) — é capaz de fazer a transformação de texto cifrado para texto legível.

3 Há um conflito acerca dos limites da jurisdição brasileira sobre o aplicativo, para além questão da criptografia, apesar de esse não ser o foco deste trabalho. Ver ABREU, Jacqueline de Souza. From Jurisdictional Battles to Crypto Wars: Brazilian Courts v. WhatsApp. *Columbia Journal of Transnational Law Online Edition*, 17 out. 2016. Disponível em: <<http://jtl.columbia.edu/from-jurisdictional-battles-to-crypto-wars-brazilian-courts-v-whatsapp/>>. Acesso em: 28 set. 2017.

4 PASSARINHO, Nathalia. Governo elabora projeto para regular acesso a informações do WhatsApp. *G1*, 19 jul. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/07/governo-elabora-projeto-para-regular-acesso-informacoes-do-whatsapp.html>>. Acesso em: 28 set. 2017.

5 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministro Fachin convoca audiência pública para discutir bloqueios judiciais do WhatsApp. *Notícias STF*, Brasília, 3 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328600&caixaBusca=N>>. Acesso em: 28 set. 2017.

6 Tipo de criptografia que converte todas as informações armazenadas em um aparelho em texto cifrado; a transformação que só pode ser revertida se inserida a chave correta (no caso, senha do usuário de desbloqueio do celular, desconhecido pela Apple, criadora do software).

7 COOK, Tim. A Message to Our Customers. *Apple*, 16 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.apple.com/customer-letter/>>. Acesso em: 28 set. 2017.

8 BANNER, Katie; LICHTBLAU, Eric. U.S. Says It Has Unlocked iPhone Without Apple. *New York Times*, 28 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2016/03/29/technology/apple-iphone-fbi-justice-department-case.html?mcubz=3>>. Acesso em: 27 set. 2017.

não oferece um mecanismo de acesso nem quando o devido processo legal foi observado. Trata-se de um conflito entre poderes tradicionais do Estado, de investigar e punir por meio do processo penal, e os crescentes poderes informacionais, de criar e facilitar espaços de comunicação e exercício de liberdades, de grandes corporações.⁹ Diante disso, colocam-se as seguintes indagações: como se chegou a este ponto? Quais as questões regulatórias em jogo? A partir de análise da literatura especializada, este artigo faz uma investigação dessas questões. Primeiro, mapeia o histórico das chamadas “guerras de criptografia” nos Estados Unidos e no Brasil (Parte 2). A seguir, com base na apresentação do quadro jurídico em vigor nesses países, analisa se existe um dever jurídico aplicável a empresas de construir sistemas de comunicação e armazenamento de dados que sejam passíveis de quebras de sigilo, sempre que seguido o devido processo legal (Parte 3). Por fim, discute o impacto da criptografia forte na segurança pública e a proposta de ‘acesso excepcional’ como estratégia regulatória (Parte 4).

Estudos sobre criptografia fora das faculdades de matemática, ciência da computação e engenharia são ainda incipientes no Brasil. Há pouca produção acadêmica sobre tratamento e implicações jurídicas dessa tecnologia fora de temas como certificação digital, por exemplo.¹⁰ Isso significa que os embates de autoridades com grandes empresas que implementam a tecnologia da criptografia forte em seus serviços ainda não foram objeto de estudo aprofundado no Brasil; apesar de ter sido tema de alguns artigos jornalísticos e textos de opinião¹¹. Este artigo pretende contribuir para o preenchimento dessa lacuna na literatura jurídica acadêmica nacional. Ao mesmo tempo, o leitor não deve esperar uma explicação aprofundada sobre o funcionamento técnico da criptografia. Apresentam-se noções básicas se e quando forem relevantes para o debate de direito e política pública, uma vez que o público desse texto é a comunidade jurídica.

2. PASSADO: O HISTÓRICO DAS ‘CRYPTO WARS’

A criptografia foi criada para proteger informações sensíveis do acesso não autorizado de terceiros, isto é, de pessoas que não são o remetente nem o destinatário dessas informações e dados.¹² No jargão da segurança da informação, ela se presta não somente a assegurar a *confidencialidade* de conteúdo de mensagens, dados e informações, mas também a *integridade* (contra alterações do conteúdo) e *autenticidade* (das partes). Trata-se de uma tecnologia que remonta à Antiguidade, quando já era utilizada na transmissão de mensagens que precisavam ser asseguradas da descoberta de inimigos.¹³ Nos tipos mais simples de criptografia, rearranjava-se o alfabeto e quem tinha conhecimento da ordem de reorganização do alfabeto — a “chave” — era capaz de decodificar o conteúdo da mensagem. Quem quisesse “quebrar” a criptografia, isto é, decifrar a

9 Sobre políticas de informação, a atuação do e o impacto no Estado, ver BRAMAN, Sandra. *Change of State: Information, Policy, and Power*. Cambridge: The MIT Press, 2007. p. 24-27. Agradeço ao Avaliador B por esta indicação de bibliografia.

10 Tocam o tema MARCACINI, Augusto. *Direito e Informática: uma abordagem jurídica sobre a criptografia*. São Paulo: edição eletrônica, 2010; e SILVA, Alexandre Assunção e. *Sigilo das Comunicações na Internet*. Curitiba: Juruá, 2017, mas não tratam do debate na perspectiva tomada aqui.

11 Por exemplo, FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano; FINGER, Marcelo. O desafio do WhatsApp ao Leviatã. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 16 ago. 2016. Opinião. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opinio/2016/08/1803323-o-desafio-do-whatsapp-ao-leviata.shtml>>; ANTONIALLI, Dennys et al. Especial: o que dizem especialistas em criptografia sobre bloqueio do WhatsApp. *Deu nos Autos*, 21 jul. 2016. Disponível em: <<http://link.estadao.com.br/blogs/deu-nos-autos/especial-o-que-dizem-especialistas-em-criptografia-sobre-o-bloqueio-do-whatsapp/>>. Acesso em: 27 set. 2017; DONEDA, Danilo. A regulação da criptografia e o bloqueio do WhatsApp. *Consultor Jurídico*, 30 maio 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-30/danilo-doneda-regulacao-criptografia-bloqueio-whatsapp>>; LIMA, Caio César Carvalho. Criptografia e (ou?) interceptação das comunicações. *Jota*, 31 maio 2017. Disponível em <<https://jota.info/colunas/direito-digital/criptografia-e-ou-interceptacao-das-comunicacoes-31052017>>. Acesso em: 27 set. 2017.

12 SINGH, Simon. *The Code Book: The Science of Secrecy from Ancient Egypt to Quantum Cryptography*. New York: Anchor Books, 1999. p. xiii.

13 SINGH, Simon. *The Code Book: The Science of Secrecy from Ancient Egypt to Quantum Cryptography*. New York: Anchor Books, 1999. p. 3-14; MARCACINI, Augusto. *Direito e Informática: uma abordagem jurídica sobre a criptografia*. São Paulo: edição eletrônica, 2010. p. 19.

mensagem ou descobrir a lógica da encriptação, teria de analisar padrões de repetição de letras, conforme a frequência delas na mensagem e compará-los com a frequência em palavras de uma certa língua.

A essência da criptografia hoje ainda é a mesma, com a diferença de que é muito mais complexa. Como resultado do avanço da tecnologia computacional, técnicas de criptografia foram sofisticadas: hoje o alfabeto não é simplesmente reordenado, mas fórmulas complexas de matemática — algoritmos — são aplicadas para cifrar mensagens. Já quem se engaja na tarefa rival de “quebrar” criptografia (*criptoanálise*) hoje também não consegue fazê-lo apenas “humanamente”, simplesmente observando padrões de repetição de letras: depende-se igualmente de “supercomputadores”. Em outras palavras, praticamente não é possível desenvolver códigos e sistemas seguros ou quebrar criptografia sem um conhecimento avançado em matemática, um enorme poder computacional e um enorme orçamento.

Não é à toa que a pesquisa científica sobre criptografia se deu por muito tempo por financiamento de Estados, dentro de entidades estatais, como órgãos militares e serviços secretos.¹⁴ Esses órgãos tinham tanto os incentivos quanto os recursos necessários para isso. Afinal, criptografia é uma técnica crucial para *proteger* informações sensíveis. Assim, quando o Estado quer garantir a privacidade e a segurança de suas próprias comunicações e dados, a implementação de técnicas de criptografia é imprescindível. Por outro lado, quando um Estado quer *produzir* informações sobre outros Estados ou indivíduos (os “inimigos”), em operações de contrainteligência, por exemplo, precisam tentar quebrar a criptografia utilizada por eles.

Esse cenário expõe a tensão que mora no seio da relação de Estados com a criptografia: Estados usam criptografia; mas não celebram o fato de que outros — principalmente inimigos — também a usem. Como em outros lugares no mundo, essa tensão veio à tona no Brasil. Subjacente aos casos de bloqueio do WhatsApp, encontra-se o descontentamento de autoridades estatais com a impossibilidade técnica de interceptação em tempo real de conversas de suspeitos investigados, em razão da criptografia utilizada pela empresa. Entretanto, o Estado brasileiro endossa e emprega a criptografia para uso próprio, isto é, para proteger suas próprias comunicações e dados. Após as revelações de Edward Snowden em 2013, por exemplo, quando foi revelado que a *National Security Agency* (NSA) havia influenciado o órgão de padronização de sistemas criptográficos americano (*National Institute of Standards and Technology* – NIST), o governo brasileiro mudou o padrão criptográfico de certificação digital que era o americano para um alemão numa medida evidente de reação contra à vigilância estrangeira.¹⁵ A Agência Brasileira de Inteligência também desenvolveu sistemas próprios de criptografia para proteger as comunicações do governo, diante das alegações de que a própria presidência da República vinha sendo objeto de vigilância da NSA.¹⁶

Essa tensão histórica hoje vai além das disputas geopolíticas entre Estados. Quando a criptografia de chave pública foi desenvolvida ao final dos anos 1970 por pesquisadores da Universidade de Stanford nos Estados Unidos,¹⁷ um método que o jornal O Estado de São Paulo chamou de “técnica contra ouvintes clandestinos”¹⁸, a NSA tentou abafar o desenvolvimento de pesquisa acadêmica na área, e, principalmente,

14 LEVY, Steven. *Crypto: how the code rebels beat the government saving privacy in the digital age*. New York: Penguin Books, 2001. p. 13-36 (sobre como a *National Security Agency* estadunidense desenvolvia secretamente criptografia); LEVY, Steven. *Crypto: how the code rebels beat the government saving privacy in the digital age*. New York: Penguin Books, 2001. p. 313-330 (sobre o papel da *Government Communication Headquarters* inglesa no avanço de padrões criptográficos).

15 GROSSMANN, Luís Osvaldo. Brasil abandona padrão de criptografia maculado pela NSA. *Convergência Digital*, 27 maio 2014. Disponível em: <<http://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&info id=36860>>. Acesso em: 25 set. 2017.

16 Ver PARAGUASSU, Lisandra. Abin cria sistema de criptografia para proteger dados do governo. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 7 set. 2013. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,abin-cria-sistemas-de-criptografia-para-protetger-dados-do-governo,1072368>>. Acesso: 25 set. 2017; MATAIS, Andreza; MORAES, Marcelo de. Temer recebe telefone criptografado projetado pela ABIN. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 22 maio 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/coluna-do-estadao/temer-recebe-telefone-criptografado-projetado-pela-abin/>>. Acesso: 25 set. 2017.

17 Trabalho seminal foi DIFFIE, Whitfield; HELLMAN, Martin. New directions in cryptography. *IEEE transactions on Information Theory*, v. 22, n. 6, p. 644-654, 1976. Disponível em: <<https://www-ee.stanford.edu/~hellman/publications/24.pdf>>. Acesso: 25 set. 2017.

18 O ESTADO DE SÃO PAULO. Nova técnica contra ouvintes clandestinos, p. 25, 5 jul. 1978.

impedir que produtos que adotassem esse modelo de criptografia fossem amplamente comercializados.¹⁹ A preocupação da agência consistia, fundamentalmente, na perda do “monopólio tecnológico” que tinha sobre a criptografia e na emergência de forças independentes que dominassem o uso dessa técnica, tornando a possibilidade de se proteger informações e dados sensíveis de maneira segura contra terceiros disponível para o grande público — não somente Estados-inimigos, mas grupos terroristas e criminosos.²⁰

Autoridades estatais estadunidenses lutaram bravamente. Dois episódios — ou batalhas — sintetizam os anos marcados pelas primeiras “guerras de criptografia” (*crypto wars*) entre os setores público e privado naquele país. Primeiro, a utilização de leis de exportação contra empresas que queriam implementar criptografia forte em seus produtos. Considerada, desde o pós II Guerra Mundial, como munição militar pelo Departamento de Estado, responsável pela lista de itens submetidos às *International Traffic in Arms Regulations*²¹ e ao *Arms Export Control Act*²², a criptografia estava sujeita a procedimentos estritos de obtenção de licença para exportação.²³ Esse regime apenas se afrouxou, ao longo dos anos 1990, com pressão da indústria temendo danos à competitividade de produtos estadunidenses no mercado global, e com as demonstrações de ineficácia da restrição na era da Internet²⁴ e de derrota no Judiciário.²⁵

O segundo episódio marcante consistiu na proposta do *Escrowed Encryption Standard* como novo padrão nacional de algoritmo criptográfico. Encampada pelo Governo Clinton em 1993, a iniciativa propunha que produtos incorporassem o “Clipper chip”, dispositivo que criptografava comunicações, mas guardava uma cópia das chaves em depósito (*in escrow*) juntamente a um “terceiro confiado”, para que agentes de investigação pudessem decifrar as informações buscadas quando amparados por ordem judicial autorizadora.²⁶ Em outras palavras, tratava-se de um protocolo de criptografia que continha um *backdoor* (porta dos fundos) para autoridades. A proposta encontrou objeções juntamente à indústria (preocupada com a concorrência internacional), aos especialistas em segurança da informação (convencidos das fragilidades do esquema)²⁷, e membros da sociedade civil organizada (afritos com as ameaças às liberdades civis). Foi abandonada.

Ao fim da década de 1990, as guerras de criptografia se enfraqueceram nos EUA, com claros vencedores. Os avanços consolidados da pesquisa acadêmica sobre o assunto e o emprego de criptografia em diversos produtos no comércio são evidência de que o poder público efetivamente perdeu seu monopólio tecnológi-

19 LEVY, Steven. *Crypto: how the code rebels beat the government saving privacy in the digital age*. New York: Penguin Books, 2001. p. 114-124 (sobre pesquisa) e LEVY, Steven. *Crypto: how the code rebels beat the government saving privacy in the digital age*. New York: Penguin Books, 2001. p. 125-155 (sobre comércio).

20 Nota-se na tentativa de barrar a disseminação desse conhecimento a manifestação dos Estados Unidos como “Estado informacional”, na forma de Estado que controla informações para exercício de poder. Ver BRAMAN, Sandra. *Change of State: Information, Policy, and Power*. Cambridge: The MIT Press, 2007. p. 34;244-245.

21 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 22 C.F.R. §§ 120-130.

22 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 22 U.S.C. §§ 2751-2799aa-2. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/22/chapter-39>>. Acesso em: 10 set. 2017

23 RICE, Eric. The Second Amendment and the Struggle Over Cryptography. *Hastings Science and Technology Law Journal*, v. 9, p. 32-37, 2017; MARCACINI, Augusto. *Direito e Informática: uma abordagem jurídica sobre a criptografia*. São Paulo: edição eletrônica, 2010. p. 22.

24 Em 1991, Paul Zimmerman, que desenvolveu o programa de encriptação de mensagens Pretty Good Privacy (PGP) postou seu software na Internet, desafiando as restrições de exportação, já que agora poderia ser baixado em outros lugares do mundo. Ver RICE, Eric. The Second Amendment and the Struggle Over Cryptography. *Hastings Science and Technology Law Journal*, v. 9, p. 31, 2017; MARCACINI, Augusto. *Direito e Informática: uma abordagem jurídica sobre a criptografia*. São Paulo: edição eletrônica, 2010, pp. 23-25.

25 Em 1996, Daniel Bernstein, que desenvolveu um novo protocolo criptográfico, processou o Departamento de Estado, argumentando que incluir criptografia no regime de controle de exportações de munições militares era inconstitucional pois violaria a Primeira Emenda. A District Court de Northern California acolheu o pedido e declarou que códigos de criptografia eram discursos protegidos pela Constituição. Ver ESTADOS UNIDOS AMÉRICA. District Court de Northern California. *Bernstein v. U.S. Dept. of State*, 9 dez. 1996, 945 F. Supp. 1279; RICE, Eric. The Second Amendment and the Struggle Over Cryptography. *Hastings Science and Technology Law Journal*, v. 9, p. 36, 2017.

26 LEVY, Steven. *Crypto: how the code rebels beat the government saving privacy in the digital age*. New York: Penguin Books, 2001. p. 226-268.

27 ABELSON, Hal et al. The risks of key recovery, key escrow, and trusted third-party encryption. *Columbia University Academic Commons*, 1997. Disponível em: <<http://academiccommons.columbia.edu/catalog/ac:127127>>. Acesso em: 23 out. 2017.

co. Com uma derrota tão contundente naquele momento, a pergunta que se coloca é o que levou aos mais novos episódios de guerra entre poderes público e privado sobre criptografia, isto é, aos episódios com que se abriu esse artigo: os bloqueios do WhatsApp no Brasil e o caso Apple vs. FBI nos Estados Unidos. A resposta é: a disseminação do uso de criptografia para proteção de comunicações para o público em massa.

Para entender a mudança crucial, é preciso lembrar que o uso da criptografia nasceu da e se difundiu pela necessidade de confidencialidade, integridade e autenticidade de informações e comunicações *sensíveis* (como a localização de tropas em uma guerra, números de cartão de crédito numa transação pela internet e denúncias em regimes autoritários), o que a relegou por muito tempo a usos por atores específicos em situações em que a quebra de sigilo de comunicações é vinculada a grandes riscos. Em outras circunstâncias, a disseminação dessa tecnologia entre cidadãos comuns sempre esbarrou na falta de conhecimento sobre a existência dessa tecnologia, na necessidade de escolha consciente de se empregar tal técnica, e na dificuldade de implementação correta pelo público leigo em segurança da informação. Evidência disso é como o software de criptografia *Pretty Good Privacy*, apesar de disponibilizado ao público gratuitamente na internet em 1991, se mantém relativamente restrito a pessoas e grupos que buscam privacidade, principalmente para proteção de comunicações de alto risco.²⁸

O cenário já não é mais esse, entretanto. Em setembro de 2014, a empresa de tecnologia mais valiosa do mundo — Apple Inc. — passa a aplicar criptografia como configuração padrão do sistema operacional de um dos celulares mais vendidos do mundo (iOS 8 para iPhones), no caso dos Estados Unidos, com 90,1 milhões de usuários;²⁹ e, em abril de 2016, a empresa por trás do aplicativo de mensagens mais popular do mundo — WhatsApp — implementa um tipo de criptografia a ser empregado por mais de um bilhão de pessoas no mundo, e, no caso do Brasil, por 92% dos usuários de *smartphones*,³⁰ essa última fronteira que separava a criptografia do público em massa foi em grande parte superada.³¹ Diante disso, reacenderam os alertas de entidades estatais. Se o desenvolvimento independente de criptografia (fora das entidades estatais) já havia levado a oportunidade de acesso à criptografia ao público em geral, ela se limitou por muito tempo a aplicações específicas e a usuários (inclusive criminosos) sofisticados. Essas novas iniciativas de empresas levam a criptografia, finalmente, para as massas — inclusive aos criminosos mais comuns.

Esse quadro chama atenção para o fato de que o tipo de criptografia empregado em um serviço é uma opção da própria empresa. Para entender esse ponto, é importante voltar por um instante ao funcionamento de sistemas de criptografia. Para que as partes envolvidas em uma *comunicação* à distância possam se comunicar de forma segura é, em geral, necessário que tenham previamente “combinado” uma chave que decifre as mensagens que querem trocar; como esse processo de estabelecer uma chave é por vezes inconveniente e inseguro, muitos sistemas modernos de criptografia operam automaticamente a troca de chaves sem que as partes nem se deem conta.³² Por sua vez, para que uma pessoa possa *armazenar* dados de forma segura em algum aparelho, é necessário que crie uma chave secreta que apenas ela saiba; o sistema de criptografia então combinará essa chave com outra chave única do próprio aparelho, junção a partir da qual ocorre processos de cifragem e decifragem.

Além de operar troca de chaves e processos de cifragem e decifragem, muitas empresas mantêm, também, uma cópia delas, guardando para si o poder de decifrar as mensagens.³³ A grande discussão desen-

28 Ver também MARCACINI, Augusto. *Direito e Informática: uma abordagem jurídica sobre a criptografia*. São Paulo: edição eletrônica, 2010. p. 26 (afirmando haver certo exagero no lema de “massificação” da PGP).

29 STATISTA. *Number of iPhone users in the United States from 2012-2016*. 2017. Disponível em: <<https://www.statista.com/statistics/232790/forecast-of-apple-users-in-the-us/>>. Acesso em: 28 set. 2017.

30 DATAFOLHA. *Hábitos de uso de aplicativos: população brasileira – 13 anos ou mais, dez. 2016*. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2017/01/27/da39a3ee5c6b4b0d3255bfe95601890afd80709.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

31 Nesse sentido, ver PFEFFERKORN, Riana. *Apple vs. FBI: Where did it come from? What Is It? Where Is It Going?* Palestra realizada na Universidade da Califórnia, Berkeley, 7 mar. 2016. p. 5-6. Disponível em: <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/blogs/Riana%20BIPLA%20talk%203-7-16.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

32 ROZENSHTEIN, Alan Z. *Surveillance Intermediaries*. *Stanford Law Review*, v. 70, p. 29, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2935321>>. Acesso em: 10 out. 2017.

33 Segundo Alan Rozenshtein, a razão principal por que algumas empresas de internet assim o fazem é econômica: seu modelo

cadeada hoje se dá em torno da “criptografia de ponta-a-ponta” e da “criptografia completa de disco”, implementadas pelo WhatsApp no aplicativo de mesmo nome e pela Apple nos novos iPhones, em que o software desenvolvido pelas empresas se encarrega da troca de chaves, mas não as retêm. Isso significa que essas empresas não são capazes de decifrar mensagens e dados; é impossível tecnicamente — a criptografia é por isso *forte*. Há algumas razões por que fariam isso: (i) o consenso público de que esse modelo é mais seguro do que outros métodos; (ii) a demonstração de boa fé ao público em geral e de compromisso com privacidade, trazendo vantagens comerciais; (iii) os ganhos do argumento da “impossibilidade técnica” de cooperar com autoridades, desobrigando empresas dos custos de atender, responder e contestar pedidos de interceptação e quebras de sigilo.³⁴

Diante dessas escolhas, colocam-se questões sobre o que o direito do país em questão proíbe ou autoriza que essas empresas façam em termos de utilização de criptografia forte, bem como sobre riscos e benefícios de modelos regulatórios que pretendam interferir nessa técnica. Nas próximas duas seções, organizo os argumentos que aparecem nessas discussões.

3. PRESENTE: O QUADRO NORMATIVO

No Brasil, estatísticas oficiais do Conselho Nacional de Justiça apontam que, só em 2015, juízes criminais brasileiros expediram 100.568 ofícios de interceptação telefônica e telemática.³⁵ A maior empresa do setor de telecomunicações no país diz ter recebido muito mais que isso: segundo o relatório de transparência da Telefônica (Vivo), 326.811 pedidos de interceptação foram dirigidos à empresa.³⁶ Esses números reforçam uma impressão sobre autoridades envolvidas em investigações: o disseminado uso (e, possivelmente, dependência) de medidas de quebra de sigilo de comunicações.

Nesse contexto, a emergência de empresas que escolhem construir seus sistemas de forma tão segura que impossibilita substancialmente sua cooperação com autoridades estatais é vista como ameaça a seus poderes de investigação.

A disponibilidade de escutas — legais ou não — por mais de uma vida nos deu gerações de policiais que não podem imaginar um mundo sem elas. Confrontados com a sugestão de perder essa ferramenta, eles respondem do mesmo modo que seria de esperar um médico moderno confrontado com a perspectiva de retornar a um mundo sem ressonância magnética, tomografia computadorizada, painéis sanguíneos e os inúmeros outros testes diagnósticos que caracterizam a medicina moderna.³⁷

Do ponto de vista do direito em vigor, empresas privadas possuem a faculdade de construir sistemas de criptografia que impossibilitam, tecnicamente, a colaboração com autoridades investigativas na realização de interceptações em tempo real e quebras de sigilo de dados armazenados? Ou elas estão proibidas pelo direito (do país em questão)? É para essas questões que esta seção olha.

de negócio se baseia na análise de dados de usuários para oferecimento de publicidade direcionada. É o caso de Google e Facebook, por exemplo. Por essa mesma razão, tais empresas são capazes de atender a pedidos de interceptação e quebras de sigilo. ROZENSHTAIN, Alan Z. Surveillance Intermediaries. *Stanford Law Review*, v. 70, p. 27, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2935321>>. Acesso em: 10 out. 2017. No caso de empresas de tecnologia como a Apple, é mais difícil dizer onde restaria o interesse econômico em reter o acesso.

34 ROZENSHTAIN, Alan Z. Surveillance Intermediaries. *Stanford Law Review*, v. 70, p. 29, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2935321>>. Acesso em: 10 out. 2017.

35 Ver CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sistema Nacional de Controle de Interceptações*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/interceptacoes_tel/relatorio_quantitativos.php>. Acesso em: 15 out. 2017. Estatísticas dos totais 2 e 8.

36 TELEFÔNICA. Informe de Transparencia en las Comunicaciones. 2016. p. 11. Disponível em: <https://www.telefonica.com/documents/364672/127737347/Telefonica_Transparencia_ESP_interactivo_22B.pdf/e39832d1-0622-4d1b-bbfd-510af449de86>. Acesso em: 15 out. 2017.

37 DIFFIE, Whitfield; LANDAU, Susan. *Privacy on the Line: The Politics of Wiretapping and Encryption*. Cambridge: The MIT Press, 2007. p. 7. (tradução livre)

3.1. O caso (fácil) das empresas de telecomunicações

A Lei das Intercepções³⁸, aprovada em 1996, preencheu de sentido referência que existe no texto da Constituição Federal brasileira de 1988: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, *nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer* para fins de investigação criminal ou instrução processual penal,” diz o art. 5º, inciso XII (grifo adicionado). Nela estão, portanto, regulamentadas as condições e circunstâncias que tornam a realização de monitoramento em tempo real de comunicações admissível no direito brasileiro. Estabeleceu-se o *procedimento* para tal.

O próprio texto da lei também já antecipou o papel fundamental que certas empresas provedoras de serviços de comunicação à distância teriam na assistência para realização de intercepções: diz o art. 7 que “Para os procedimentos de intercepção de que trata essa Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público”. A expressão “concessionárias de serviço público” revela o que estava na mente do legislador: empresas que oferecem serviços de telefonia e, que pouco tempo depois, passaram também a ofertar conexão à Internet — ou seja, aquelas que compõem o *setor de telecomunicações*.

Altamente reguladas, tais empresas estão sob a supervisão da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e devem obedecer às suas resoluções. Entre elas, estão as Resoluções nº 73/1998 (Regulamento dos Serviços de Telecomunicações), nº 426/2005 (Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado), nº 477/2007 (Regulamento do Serviço Móvel Pessoal) e nº 614/2013 (Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia) que, entre muitas obrigações, determinam que prestadoras mantenham disponíveis recursos tecnológicos e facilidades necessárias para a suspensão de sigilo das telecomunicações determinada por autoridade judiciária ou legalmente investida desses poderes, com algumas pequenas variações de linguagem.³⁹ As *prestadoras de telecomunicações* estão sob a obrigação, portanto, de construir seus sistemas de forma que as comunicações à distância facilitadas por elas sejam “grampeáveis”. Elas devem possuir tal *habilidade*.

O quadro regulatório nos Estados Unidos guarda semelhanças. Não há direito ao sigilo das comunicações previsto na Constituição dos Estados Unidos — a Quarta Emenda apenas estabelece um direito contra buscas e apreensões arbitrárias —, sendo esse direito resguardado, explicitamente, apenas em leis. No nível infraconstitucional, o *Wiretap Act*⁴⁰ e o *Pen Register Act*⁴¹ estabelecem as hipóteses e a forma como podem ocorrer intercepções em tempo real de *conteúdo* e de *metadados*⁴² de comunicações no país, respectivamente;

38 BRASIL. *Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: out. 2017.

39 Art. 26, parágrafo único do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações: “A Prestadora tornará disponíveis os recursos tecnológicos necessários à suspensão de sigilo de telecomunicações determinada por autoridade judiciária ou legalmente investida desses poderes e manterá controle permanente de todos os casos, acompanhando a efetivação dessas determinações e zelando para que elas sejam cumpridas dentro dos estritos limites autorizados”. Art. 24 do Regulamento de Serviço Telefônico Fixo Comutado e art. 90 Regulamento do Serviço Móvel Pessoal: “A prestadora deve tornar disponíveis os recursos tecnológicos e facilidades necessários à suspensão de sigilo de telecomunicações, determinada por autoridade judiciária ou legalmente investida desses poderes, e manter controle permanente de todos os casos, acompanhando a efetivação dessas determinações, e zelando para que elas sejam cumpridas, dentro dos estritos limites autorizados”. Art. 52, parágrafo único, do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia: “A Prestadora deve tornar disponíveis os dados referentes à suspensão de sigilo de telecomunicações às autoridades que, na forma da lei, tenham competência para requisitar essas informações”.

40 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *18 U.S.C. §§ 2510-2522*. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2511>>. Acesso em: 15 set. 2017.

41 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *18 U.S.C. §§ 3121-3121*. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-II/chapter-206>>. Acesso em: 15 set. 2017.

42 Metadados são, a rigor, “dados sobre dados”. Aqui, diz respeito a registros gerados sobre uma comunicação: data, hora, identificadores (da linha, da conexão, do aparelho), origem, destino e duração de uma comunicação, por exemplo.

o *Stored Communications Act*⁴³ regula pedidos que quebras de sigilo de dados armazenados.⁴⁴ Por outro lado, o *Communications Assistance for Law Enforcement Act*⁴⁵ (CALEA) requer que provedores de telecomunicações sejam capazes de isolar e interceptar comunicações e fornecê-las a autoridades, observado o devido processo legal.⁴⁶

3.2. O caso (difícil) das empresas de tecnologia e de internet

Esse cenário regulatório das telecomunicações ajuda a explicar por que as autoridades brasileiras e americanas se acostumaram ao longo dos anos a terem a capacidade e o poder de realizarem interceptações e quebras de sigilo de comunicações de pessoas investigadas com o auxílio do setor privado. O costume, fundado em lei, de poder contar com empresas de telecomunicações na condução de vigilância gerou uma certa expectativa que se traduz hoje na postulação de que essa prerrogativa também se estende a *empresas de tecnologia* (como a Apple) e *aplicações de internet* (como o WhatsApp). Observado o devido processo legal que até hoje foi o suficiente para conseguir a cooperação de empresas de telecomunicações, autoridades esperam que o mesmo ocorra com esses novos grandes atores.

No caso brasileiro, isso aparece em manifestações de autoridades que alegam que a impossibilidade técnica de o WhatsApp atender a ordens judiciais de interceptação de mensagens contrariaria a legislação brasileira.⁴⁷ Eis o que afirma a juíza Daniela Souza, envolvida no último bloqueio do aplicativo, por exemplo:

Qualquer empresa que se instale no País fornecendo determinado serviço, deverá estar apta a cumprir as decisões judiciais que, porventura, recaiam sobre esta, sob pena de cancelamento do próprio serviço, [...]. A falta ou a negativa de informação por parte da empresa, deixando de atender a uma determinação judicial, impede aos órgãos de persecução de apurarem os ilícitos e alcançarem os autores dos crimes praticados, constituindo-se a recusa no fornecimento dos dados mera estratégia da empresa a fim de procrastinar e até descumprir a ordem judicial, sob o pálio de impossibilidades técnicas.⁴⁸

O problema é que não é tão evidente assim que a impossibilidade técnica de realizar interceptações em tempo real no WhatsApp, criada pelo uso de criptografia de ponta a ponta, contrarie a legislação brasileira. Na verdade, raciocínios como o da magistrada parecem querer extrair da própria previsão legal no direito brasileiro de *procedimentos de quebra de sigilo* o dever de que a *habilidade de quebra de sigilo* sempre exista.⁴⁹ Esse salto, entretanto, não é simples quando estamos falando de empresas de internet — e não mais de prestadoras de telecomunicações.

Por um lado, permanece o texto da Constituição Federal sobre o direito ao sigilo das comunicações (“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de

43 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 18 U.S.C. §§ 2701-2711. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-I/chapter-121>>. Acesso em: 15 set. 2017.

44 SOLOVE, Daniel; SCHWARTZ, Paul. *Information Privacy Law*. 4. ed. New York: Wolters Kluwer, 2015. p. 353;358-359.

45 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 47 U.S.C. §§ 1000-1010. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/chapter-9/subchapter-I>>. Acesso em: 15 set. 2017.

46 SOLOVE, Daniel; SCHWARTZ, Paul. *Information Privacy Law*. 4. ed. New York: Wolters Kluwer, 2015. p. 359.

47 Ver ROSA, João Luiz Moraes. Sigilo e persecução penal. *Justiça do Direito*, v. 31, n. 1, p. 138, jan./abr. 2017; BARRETO, Alessandro Gonçalves; CASELLI, Guilherme. WhatsApp: é possível cumprir decisões judiciais? *Direito & TI*, 10 abr. 2016. Disponível em: <<http://direitoeti.com.br/artigos/whatsapp-e-possivel-cumprir-decisoes-judiciais/>>. Acesso em: 23 out. 2017; SOBRAL, Carlos Eduardo. Por que a Justiça deve bloquear o WhatsApp. *Jota*, 4 jul. 2016. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/por-que-justica-deve-bloquear-o-whatsapp-quando-nao-ha-colaboracao-04072016>>. Acesso em: 15 set. 2017.

48 BRASIL. Poder Judiciário do Rio de Janeiro. 2ª Vara Criminal de Duque de Caxias. Inquérito Policial 062-00164/2016. Juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza, jul. 19 jul. 2016 (determinando bloqueio do aplicativo).

49 Encontrei essa distinção em PFEFFERKORN, Riana. Apple vs. FBI: Where did it come from? What Is It? Where Is It Going? Palestra realizada na Universidade da Califórnia, Berkeley, em 7 mar. 2016 organizada pela Berkeley Information Privacy Law Association. Disponível em: <https://cyberlaw.stanford.edu/files/blogs/Riana%20BIPLA%20talk%203-7-16.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017.

investigação criminal ou instrução processual penal”) e a Lei das Interceptações, cuja aplicação se estende à “interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática” (art. 1, parágrafo único). Os textos dos art. 7, II e III⁵⁰ e do art. 10, §2^o⁵¹ do Marco Civil da Internet⁵², lei aplicável a *aplicações de internet* como o WhatsApp, também são claros em prever que o conteúdo de comunicações eletrônicas pode ser disponibilizado (apenas) mediante ordem judicial. É inegável, portanto, que exista em lei um *procedimento* regulando a disponibilização de conteúdo de conversas e dados.

Por outro, como empresas de internet não são ‘concessionárias de serviço público’ e estão fora do escopo da ANATEL, não recaem sobre elas as expressas exigências técnicas de suas resoluções. O Marco Civil da Internet também não institui, explicitamente, a obrigação de que aplicações de internet tenham *habilidade* de quebrar sigilo.⁵³ Quando obriga que empresas retenham informações, o dever se estende apenas a *registros* (IP, data e hora de acesso), o que as obriga a, necessariamente, ser capazes de atender a pedidos de quebra de sigilo apenas desses metadados (art. 15).⁵⁴ Portanto, o dever jurídico, extraído do direito brasileiro vigente, de que aplicações de internet sejam capazes de quebrar sigilo de conteúdo de comunicações não é evidente; carece de fundamentação — e pode muito bem ser que a conclusão seja de que não exista.

Essa fundamentação teria de necessariamente enfrentar também o próprio art. 5, inciso XII da Constituição Federal. O texto revela o compromisso de se garantir certo nível de proteção de privacidade a comunicações à distância, sobre o qual é recorrente a interpretação jurisprudencial de que protegeria a inviolabilidade do *fluxo* de comunicações enquanto ocorrem.⁵⁵ O legislador, entretanto, teria se preocupado em admitir ao menos uma hipótese de interceptação legítima desse fluxo, para comunicações *telefônicas*, porque, ao contrário das demais — que ganham alguma dimensão física (perenidade) e podem ser objeto de busca e apreensão posteriormente —, aquelas podem se perder na oralidade se não grampeadas em tempo real.⁵⁶

Nessa linha de raciocínio, parece forçoso admitir que comunicações eletrônicas como as do WhatsApp são muito mais semelhantes a cartas, telegrafias e, especialmente, dados (informáticos), por deixarem dimensão física de registro em celulares dos participantes das comunicações, inexistindo a imprescindibilidade de que o *fluxo* de tais comunicações deva ser grampeável.⁵⁷ Nesse contexto, também a admissão de interceptações ‘telemáticas’ no parágrafo único do art. 1 da Lei de Interceptações somente pode ser coerente com a Constituição se impuser, no máximo, a “grampeabilidade” de *fluxo de conexão à internet* — por *empresas de telecomunicações*, em geral —, uma vez que esse tipo de comunicação também não se pereniza.⁵⁸ Outra vez,

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

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

51 Art. 10. 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.

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

52 BRASIL. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

53 Mesmo o Decreto nº 8.771 de 2016, que regulamentou o Marco Civil da Internet, quando estabelece que dados pessoais, registros e comunicações privadas “deverão ser mantidos em formato interoperável e estruturado, para facilitar o acesso decorrente de decisão judicial ou determinação legal, respeitadas as diretrizes elencadas no art. 13 deste Decreto”, institui mais uma obrigação aplicável *caso dados sejam mantidos*.

54 Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

55 Ver, por exemplo, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 418.416-8/SC, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, julg. 10 mai. 2006; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91.867/SP, Min. Rel. Gilmar Mendes, julg. 24 abr. 2012.

56 Nesse sentido, paradigmaticamente, FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 88, p. 447, 1993.

57 Quanto ao risco de que esses vestígios se percam — sejam “deletados” por criminosos —, não há nenhuma novidade tecnológica relevante: afinal, sempre foi possível queimar evidências em papel.

58 Nesse sentido, ver BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas: limites

portanto, essas breves considerações apontam que justificar a existência do dever de ser capaz de realizar intercepções em tempo real a essas aplicações de internet é bem mais complexo do que parece e, ao que foi sugerido aqui, não se sustenta.

No âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.527 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 403, originadas pelos incidentes de bloqueio do WhatsApp no Brasil, é possível que o Supremo Tribunal Federal (STF) se manifeste quanto a essas questões. Apesar de os objetos das ações se relacionarem, respectivamente, à (in-) constitucionalidade da previsão de ‘suspensão temporária’ e ‘proibição de exercício das atividades’ como sanção no Marco Civil da Internet e à (in-)compatibilidade de ordens judiciais de bloqueio do aplicativo com a liberdade de comunicação, elas estão essencialmente relacionadas à criptografia forte do WhatsApp: foi a impossibilidade técnica de se quebrar sigilo de investigados (sem alterar o atual sistema operacional do WhatsApp) que levou aos bloqueios — medidas de constrangimento e punição. Mas se não há dever jurídico de ter a habilidade de quebrar sigilo, não há qualquer base jurídica para se falar em qualquer sanção. Por isso, espera-se do STF uma análise sofisticada, tal como o tema merece.

Nos Estados Unidos, a lei é clara no sentido de que aplicações de internet não precisam ter a *habilidade* de monitorar comunicações em tempo real; tais obrigações se restringem a provedores de telecomunicações nos termos da CALEA. Lá não há dúvidas, portanto, que o direito americano permite que o WhatsApp empregue criptografia de ponta a ponta. Igualmente, não há dúvidas de que a Apple, como empresa de tecnologia, pode implementar a configuração padrão de criptografia completa de disco nos aparelhos que vende.

A questão que se colocou no caso *Apple vs. FBI* foi, na verdade, se autoridades judiciais podem obrigar a empresa a elaborar um software customizado — uma versão especial do iOS — que pudesse ser instalada num iPhone bloqueado por senha (e, por isso, encriptado) e que desabilitasse as configurações de segurança que frustrariam a realização, pelo FBI, de um “ataque de força bruta” que tentaria adivinhar a senha do celular (e assim desbloqueá-lo e, como consequência, decifrá-lo). Como visto anteriormente, a “senha” selecionada pelo usuário é crucial nesse modelo de criptografia; para que essa chave não seja facilmente adivinhada por terceiros, empresas criam outros elementos de segurança (por exemplo, restrições de número de tentativas e de tempo entre elas). Foi contra esse tipo de medida que o FBI se insurgiu.

O debate girou em torno de dois materiais principais.⁵⁹ Primeiramente, o *All Writs Act* (AWA), uma lei curta e geral de 1789, que instituiu uma espécie de poder geral de cautela aos juízes: “a Suprema Corte e todas as cortes estabelecidas por um ato do Congresso podem emitir ordens [*writs*] em auxílio a suas respectivas jurisdições e em concordância com os usos e princípios do direito”.⁶⁰ Segundo, o precedente da Suprema Corte *United States vs. New York Telephone Co.*,⁶¹ que, aplicando o AWA, gerou a regra de que terceiros podem ser obrigados a auxiliar em investigações criminais se três requisitos forem atendidos: (i) não estejam muito afastados da matéria em questão; (ii) seu auxílio é absolutamente necessário; (iii) a assistência técnica requisitada não é excessivamente onerosa. O FBI defendia que o precedente lhes dava autoridade para fazer o pedido à Apple; a empresa, e diversos outros grupos defensores de liberdades civis e empresas de tecnologia, negava. Apesar da atenção global que o caso ganhou, ele nunca foi decidido, como antecipado na introdução — o FBI abriu mão do pedido quando conseguiu uma “solução” para o desbloqueio do celular junto a um terceiro. Se o direito americano permite que um juiz obrigue uma empresa a escrever software que facilite o acesso a informações no âmbito de investigações é a questão que ficou sem resposta dos tribunais.

ante o avanço da tecnologia. In: LIMA, José Corrêa de; CASARA, R. R. Rubens. (Coord.). *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 483-499.

59 PFEFFERKORN, Riana. *Apple vs. FBI: Where did it come from? What Is It? Where Is It Going?* Palestra realizada na Universidade da Califórnia, Berkeley, 7 mar. 2016. p. 7-8. Disponível em: <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/blogs/Riana%20BIPLA%20talk%203-7-16.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017.

60 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 28 U.S.C. § 1651(a). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1651>>. Acesso em: 27 set. 2017.

61 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of The United States. *United States vs. New York Telephone Co.*, 7 dez. 1977, 434 U.S. 159.

3.3. Escopo da Resposta

Os argumentos vistos até aqui no Brasil e nos Estados Unidos sugerem que empresas de tecnologia e de internet não estão praticando nada que seja explicitamente proibido pelo direito desses países ao implementarem criptografia forte. Se isso mudar, é em razão de nova decisão judicial ou legislação. A pergunta que segue então é: deveria mudar? A maior parte dessa discussão envolve análise de custos, riscos e benefícios de uma política regulatória da criptografia forte, os quais serão analisados na seção seguinte (parte 4). Há, entretanto, uma questão fundamental de direito constitucional que resta apontar aqui: é admissível a criação de espaços que sejam ‘inalcançáveis’ pelo Estado — como um iPhone bloqueado da Apple e mensagens em fluxo do WhatsApp — ou há algo nas nossas concepções de Estado de Direito e legitimidade política que requeira essa possibilidade? Apesar de crucial ao debate, responder essa pergunta extrapola o escopo desse trabalho — o qual pretendeu, apenas, até aqui, desconstruir a visão que assume ser evidente o dever de ser capaz de quebrar sigilo.

Cabe, entretanto, um comentário. Essa pergunta esconde o fato de que esses espaços não são em *todas* as circunstâncias ‘inalcançáveis’ — é possível que a autoridades consigam obter dados armazenados em backup (iCloud, no caso do iPhone) ou acesso físico ao celular (e exigir judicialmente a divulgação da senha por parte do investigado). Além disso, não é como se nunca antes existiram outros ambientes, conversas ou dados ‘inalcançáveis’ por agentes de segurança — conversas face a face ou documentos queimados, por exemplo. Por outro, não é por que essa *habilidade* de tornar comunicações e dados inacessíveis ao Estado exista naturalmente no mundo analógico que ela deva, necessariamente, ser reproduzida no ambiente virtual. Se deve ser, esse é um argumento sobre direito à privacidade frente ao interesse público em segurança pública que precisaria ser construído⁶² — algo que ficará para outros trabalhos.

4. FUTURO: A CRIPTOGRAFIA FORTE DEVERIA SER REGULADA?

As guerras de criptografia nunca se dão nos termos estritamente jurídicos vistos na seção anterior. Na verdade, o contexto em que se coloca a discussão sobre facultades e deveres de empresas de tecnologia e de internet está rodeado de análises das consequências que um modelo regulatório da criptografia forte pode acarretar, isto é, sobre o impacto social de uma ação estatal — de qualquer um dos três Poderes — nessa área.⁶³ Quais os benefícios e custos envolvidos em permitir que empresas de tecnologia e internet desenhem aparelhos de armazenamento de dados e sistemas de comunicação de tal maneira que nem elas sejam capazes de decifrar dados e mensagens? Quais os benefícios e malefícios de proibir que elas tenham essa liberdade? Há alguma saída ‘intermediária’? É para essa dimensão fundamental do debate que essa seção olha.⁶⁴

4.1. ‘Going Dark’ e a necessidade de um acesso excepcional

A crítica mais emblemática às implementações de criptografia tais como do WhatsApp e da Apple é a de que autoridades de segurança pública estariam *going dark*⁶⁵, isto é, ficando no escuro, já que, cada vez menos,

62 Nesse sentido LESSIG, Lawrence. Reading the Constitution. *Cyberspace, Emory Law Journal*, v. 45, p. 881-882, 1996 (“There might have been *ability* to keep stuff hidden, since the technology to find it, and identify it, might have been limited. But *friction* doesn’t convert to a right. An *argument* for this conversion is required – some reason why it makes sense”). Grifos no original.

63 A abordagem que olha para o impacto social é identificada por Sandra Braman como alternativa para avaliação de políticas de informação. Ver BRAMAN, Sandra. *Change of State: Information, Policy, and Power*. Cambridge: The MIT Press, 2007. p. 69.

64 Não há nenhuma pretensão de esgotar os argumentos do debate neste artigo; identificam-se e discutem-se os argumentos centrais ao redor de onde orbitam todos os demais.

65 COMEY, James. *Going Dark: Are Technology, Privacy, and Public Safety in a Collision Course?* Discurso proferido no Brookings Institute, 14 out. 2016. Disponível em: <<https://www.fbi.gov/news/speeches/going-dark-are-technology-privacy-and-public>>

conseguiriam coletar informações relevantes para investigações, mesmo quando observaram todo o devido processo legal (obtiveram ordem judicial baseada em suspeita razoável de prática de crime, por exemplo). Esse argumento recorre às consequências que a queda de efetividade de autoridades de investigação teria para a segurança pública: as técnicas de criptografia forte — isto é, insuperável até pelas empresas criadoras do software de criptografia — neutralizam um instrumento importante na prevenção e repressão de crimes e ataques terroristas, qual seja a “quebra de sigilo”, seja de dados armazenados ou de comunicações em andamento. Como resultado, servem de escudo para terroristas, pedófilos, corruptos, traficantes e criminosos em geral.

Daí afirma-se que essa tendência precisaria ser contida. Como? Nos países estudados, é difícil encontrar quem defenda a *proibição* desse tipo de criptografia forte. Autoridades estatais reconhecem em seus discursos⁶⁶ que a criptografia é uma técnica imprescindível para um mundo cada vez mais digitalizado e crucial para a garantia de segurança contra crimes cibernéticos. Alguns admitem, inclusive, que qualquer esforço para proibir essa tecnologia seria completamente ineficaz, já que a generatividade⁶⁷ e a arquitetura global da internet permitem que aplicações de criptografia forte sejam criadas a qualquer momento, baixadas de qualquer lugar do mundo e utilizadas por qualquer agente interessado o suficiente para buscá-las; o conhecimento de técnicas de criptografia forte já não é algo que se consiga apagar da memória da humanidade e tirar das mãos de criminosos sofisticados.

Apesar disso, autoridades argumentam que é necessário devolver a capacidade de quebrar sigilo de comunicações, mesmo que, na prática, a regulação somente afete as maiores empresas do mercado (alvos mais fáceis de uma regulação efetiva) e detenha apenas criminosos comuns pouco sofisticados.⁶⁸ Esse já seria um ganho digno de se perseguir. A melhor maneira de alcançá-lo seria, por meio de decisões judiciais, leis, ou negociações fechadas com empresas, pela construção e implementação de modelos de criptografia que não fossem fortes a ponto de estarem inacessíveis aos agentes de segurança, mesmo quando portando ordens judiciais; defendem sistemas de criptografia com algum tipo de “acesso excepcional”, contornáveis por quem detenha alguma “chave de ouro”.⁶⁹

4.2. ‘Going Bright’ e os problemas de um acesso excepcional

Opositores contestam tanto a insinuação de que se está *going dark* quanto à proposta de um “acesso excepcional”. Primeiramente, apesar de criptografia forte poder ser um obstáculo para alguns tipos de quebras de sigilo com os quais antes de contava, as pessoas agora guardam arquivos em servidores na nuvem, deixam inúmeros rastros por onde passam, sobre o que fizeram (online e offline) e quais seus contatos, o que faz com que muitos argumentem que, na verdade, ingressamos na “idade de ouro da vigilância” — estamos *going bright*.⁷⁰ Hoje o Estado é capaz de obter dados que simplesmente não estavam à disposição anos atrás e, com

safety-on-a-collision-course>. Acesso em: 23 out. 2017.

66 Ver, por exemplo, falas de membros do Ministério Público Federal e da Polícia Federal na Audiência Pública do Supremo Tribunal Federal YOUTUBE. *Bloqueio judicial do W'ats.App e o Marco Civil da Internet*. Disponível em: <<https://youtu.be/3TINsQCNI00>>; e KAHN, Matthew. Deputy Attorney General Rod Rosenstein Remarks on Encryption. *Lawfare*, 10 out. 2017. Disponível em: <https://www.lawfareblog.com/deputy-attorney-general-rod-rosenstein-remarks-encryption>. Acesso em: 22 out. 2017.

67 Termo referente ao fato de que aplicações e sites podem ser criados e instantaneamente disponibilizados publicamente na internet para download e visualização em todo o mundo. Ver ZITTRAIN, Jonathan. *The Future of the Internet And How to Stop It*. New Haven: Yale University Press, 2008. p. 70.

68 Ver, por exemplo, KAHN, Matthew. Deputy Attorney General Rod Rosenstein Remarks on Encryption. *Lawfare*, 10 out. 2017. Disponível em: <<https://www.lawfareblog.com/deputy-attorney-general-rod-rosenstein-remarks-encryption>>. Acesso em: 23 out. 2017.

69 Ver, por exemplo, falas de membros do Ministério Público Federal e da Polícia Federal na Audiência Pública do Supremo Tribunal Federal YOUTUBE. *Bloqueio judicial do W'ats.App e o Marco Civil da Internet*. Disponível em: <<https://youtu.be/3TINsQCNI00>>; e KAHN, Matthew. Deputy Attorney General Rod Rosenstein Remarks on Encryption. *Lawfare*, 10 out. 2017. Disponível em: <<https://www.lawfareblog.com/deputy-attorney-general-rod-rosenstein-remarks-encryption>>. Acesso em: 23 out. 2017.

70 SWIRE, Peter; AHMAD, Kenesa. Encryption and Globalization. *The Columbia Science & Technology Law Review*, v. 23, p. 466-470, 2012.

a Internet das Coisas⁷¹, muitos outros metadados vão passar a ser gerados, e talvez esses registros já serão o suficiente para muitas investigações, de tal forma que criptografia não será um grande problema assim para o sucesso de investigações.⁷²

A sugestão de que criptografia forte comprometeria a segurança pública é, também, contestada pelo fato de que o uso dessa técnica *previne* diversos crimes, ou seja, promove a segurança⁷³: hackers e bisbilhoteiros em geral não conseguem interceptar — um crime em si — conversas de WhatsApp; ladrões não conseguem invadir um iPhone — também outro crime em si. Além disso, criptografia não somente impede a realização desses crimes como coíbe outros relacionados, como fraudes, furtos de identidade, e extorsões, por exemplo, crimes comumente associados à obtenção ilícita de informações pessoais. Essa dimensão preventiva é ainda mais relevante e importante quando temos em mente potenciais vítimas como ativistas, jornalistas, pessoas em situação de vulnerabilidade e até mesmo agentes de segurança. Assim, por mais que a criptografia forte possa ‘proteger criminosos’, ela seria fundamental para proteger *todos*.

Acerca da proposta de ‘acesso excepcional’, afirma-se que não é possível desenvolver uma porta de acesso que se garanta que só vai ser explorada para fins legítimos — por agentes de segurança numa investigação legítima.⁷⁴ A ideia seria a seguinte: criptografia é matemática e, como tal, suas leis e códigos aplicam-se e podem ser operados por todos. Nesse sentido, modelos de criptografia em que o desenvolvedor não só opera troca de chaves, mas também retém essas chaves — um acesso privilegiado, tecnicamente equivalente a um *backdoor* — seriam inerentemente menos seguros e mais vulneráveis, pois estariam abertos a que essas chaves sejam descobertas por terceiros mal-intencionados: se a Apple e o WhatsApp são capazes de quebrar sigilo, agentes maliciosos podem encontrar um jeito de fazer o mesmo. Diante disso, argumenta-se que esse seria um risco enorme que se deve evitar o máximo possível.⁷⁵ Sem contar que, depois das revelações de Edward Snowden sobre espionagem da NSA com ajuda de grandes empresas americanas, ficaria mais difícil acreditar que esse “acesso excepcional” não será abusado.⁷⁶

Também se aponta que a imposição de modelos de “acesso excepcional” acarretaria outros tipos de dano. Empresas seriam obrigadas a ‘adaptar’ seus produtos às jurisdições em que atuam, elevando custos para atuação em mercados globais e até o desincentivo de atuar onde há regulações hostis à criptografia forte.⁷⁷ Além disso, essa opção regulatória em países democráticos como Estados Unidos e Brasil poderia gerar um perigoso precedente a ser copiado por países com menores níveis de proteção de direitos e de observância do devido processo legal — outros países vão querer o tratamento “privilegiado”. Assim, agravar-se-iam os riscos de abuso.

71 Termo utilizado para se referir ao fenômeno em que objetos cotidianos — como geladeiras, TVs, postes de luz, carros e lixeiras, por exemplo — passam a estar também conectados à Internet. Faz parte desse fenômeno o universo de dados gerados por “medidores inteligentes” de energia, por exemplo, discutidos neste volume. Ver GUIMARÃES, Lucas Noura. The dichotomy between smart metering and the protection of consumer’s personal data in Brazilian law. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

72 GASSER, Urs et al. Don’t Panic. *Making Progress in the ‘Going Dark’ Debate*. Berkman Klein Center For Internet & Society. 1 fev. 2016. Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/pubrelease/dont-panic/Dont_Panic_Making_Progress_on_Going_Dark_Debate.pdf>. Acesso em: 23 out. 2017.

73 Ver PFEFFERKORN, Riana. A Response to “Responsible Encryption”. *Center for Internet & Society at Stanford Law School Blog*, 11 out. 2017. Disponível em: <<http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2017/10/response-“responsible-encryption”>>; CERDEIRA, Pablo; FERREIRA, Helena. Permitir grampo no WhatsApp coloca a sociedade em risco. *Jota*, 2 jun. 2017. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/permitir-grampo-no-whatsapp-colocar-a-sociedade-em-risco-02062017>>. Acesso em: 23 out. 2017.

74 ABELSON, Hal et al. Keys under doormats: mandating insecurity by requiring government access to all data and communications. *Journal of Cybersecurity*, v. 1, n. 1, p. 75-76, 2015.

75 Ver, além da nota acima, por exemplo, SANCHEZ, Julian. Old Technopanic in New iBottles. *Cato at Liberty*, 23 set. 2014. Disponível em: <<https://www.cato.org/blog/old-technopanic-new-ibottles>>. Acesso em: 22 out. 2017.

76 Ver, por exemplo, MONCAU, Luiz Fernando Marrey. O problema por trás do bloqueio do WhatsApp. *Jota*, 21 jul. 2016. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/o-problema-por-tras-bloqueio-whatsapp-21072016>>. Acesso em: 22 out. 2017.

77 SWIRE, Peter; AHMAD, Kenesa. Encryption and Globalization. *The Columbia Science & Technology Law Review*, v. 23, p. 457-458;473-480, 2012.

4.3. Balanço de consequências

A discussão sobre custos e benefícios de criptografia forte não para aqui. Agentes de segurança, normalmente, têm trélicas para os argumentos daqueles que defendem a criptografia forte: dizem que registros e metadados não possuem o mesmo peso como evidência que o conteúdo de comunicações — apontam que um suspeito esteve perto do local do crime, mas não confirmam que era ele quem atraiu a vítima à emboscada, por exemplo; também veem com certo ceticismo que a criptografia precise ser “tão forte assim” como WhatsApp e Apple o querem — outras empresas não conseguem garantir segurança aos seus clientes e ao mesmo tempo atender as necessidades de autoridades? Essas respostas levam, novamente, a mais uma rodada de contra-argumentos dos que defendem a criptografia forte.

Diante disso, cabe lembrar que somente é possível um debate racional sobre essas questões de política regulatória se ele for informado — baseado em evidências concretas, não em casos anedóticos e retórica do medo. Para falar que criptografia está realmente comprometendo investigações e a segurança pública em geral de uma forma que legitime a regulamentação de alguma forma, seria necessário um levantamento de evidência empírica robusta sobre todas as vezes em que essa dificuldade foi crítica para a não resolução de um caso, conjuntamente com levantamento de dados sobre qual tipo de crime se tratava.⁷⁸ Semelhantemente, para julgar potenciais alternativas regulatórias, é imprescindível uma séria avaliação de riscos para a cibersegurança individual, coletiva e nacional e para direitos humanos, discussão sobre viabilidade e operacionalização do modelo a nível global, efetividade da medida e impacto no mercado. Será importante, também, levar em conta o efeito colateral da utilização (e permissão) da criptografia forte na investida em técnicas de investigação via *hacking estatal*, tema que, também, desperta questões peculiares de privacidade e segurança.⁷⁹ Tudo isso dentro de um contexto regulatório que pode se alterar profundamente com o desenvolvimento tecnológico, como por exemplo pela eventual descoberta e disseminação de formas inovadoras de criptoanálise a serem exploradas por autoridades de segurança.⁸⁰

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por um acaso histórico, as tensões inerentes à criptografia estão pré-anunciadas no cenário nacional brasileiro desde 1945, de quando data o primeiro registro histórico da palavra ‘criptografia’ em jornais brasileiros. A citação é encontrada no folhetim semanal “A Mulher do Realejo”, de Xavier de Montepin”, no jornal *O Estado de São Paulo*.⁸¹ Pelo que se entende da leitura do capítulo daquele dia, um juiz de instrução “interceptou” cartas que serviriam como instrumento de prova num processo, mas algumas delas estavam em outra língua, e, outra, criptografada. Ele, então, pergunta para seu assistente se ele tem alguma familiaridade com criptografia, ao que o assistente responde que “muito pouco”. Quis a história que nós começássemos assim a nossa história com a criptografia: com um juiz tendo dificuldades em um processo em razão da criptografia.

78 Não se contesta que a criminalidade é facilitada por determinadas tecnologias, mas recomenda-se que a dimensão dessa facilitação deva ser discutida a partir de evidências. Sobre a criminalidade ‘em rede’, ver LADEUR, Karl-Heinz. New institutions for the protection of privacy and personal dignity in internet communication – “information broker”, “private cyber courts” and network of contracts. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n.1, p. 281-296, 2013.

79 Ver KERR, Orin; SCHNEIER, Bruce. Encryption Workarounds. *Georgetown Law Journal*, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2938033>>. Acesso em: 20 out. 2017; BANKSTON, Kevin. Ending The Endless Crypto Debate: Three Things We Should Be Arguing About Instead of Encryption Backdoors. *Lanfare*, 14 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.lawfareblog.com/ending-endless-crypto-debate-three-things-we-should-be-arguing-about-instead-encryption-backdoors>>. Acesso em: 6 dez. 2017; ABREU, Jacqueline de Souza. From Jurisdictional Battles to Crypto Wars: Brazilian Courts v. WhatsApp. *Columbia Journal of Transnational Law Online Edition*, 17 out. 2016. Disponível em: <<http://jtl.columbia.edu/from-jurisdictional-battles-to-crypto-wars-brazilian-courts-v-whatsapp/>>. Acesso em: 28 set. 2017.

80 Sobre essa possibilidade, ver PFEFFERKORN, Riana. Everything Radiates: Does The Fourth Amendment Regulate Side-Channel Cryptanalysis? *Connecticut Law Review*, v. 49, n. 5, p. 1393-1452, 2017.

81 O ESTADO DE SÃO PAULO, p. 5, 9 maio 1945.

O cenário está fadado a continuar assim quando estamos lidando com criptografia forte. No direito brasileiro e estadunidense atuais, argumentei neste artigo que não há nada que proíba expressamente empresas de internet e de tecnologia de desenvolverem sistemas seguros de comunicação e armazenamento de dados. E mais: razões de política regulatória desencorajam qualquer alteração desse cenário; pelo menos no atual estado da técnica⁸² e nas mais recentes avaliações de riscos. Com isso, por ora, é importante que agentes de segurança reconheçam esse novo tipo de obstáculo à obtenção de provas tal como outras dificuldades com as quais já frequentemente têm de lidar, como falecimento de vítimas, destruição de provas e encontros pessoais. Ainda assim, na medida em que o desenvolvimento tecnológico avança, é improvável que o embate entre autoridades de segurança pública e empresas pare por aqui. Haverá outras batalhas.⁸³

REFERÊNCIAS

ABELSON, Hal et al. The risks of key recovery, key escrow, and trusted third-party encryption. *Columbia University Academic Commons*, 1997. Disponível em: <<http://academiccommons.columbia.edu/catalog/ac:127127>>. Acesso em: 23 out. 2017.

ABELSON, Hal et al. Keys under doormats: mandating insecurity by requiring government access to all data and communications. *Journal of Cybersecurity*, v. 1, n. 1, p. 69-79, 2015.

ABREU, Jacqueline de Souza. From Jurisdictional Battles to Crypto Wars: Brazilian Courts v. WhatsApp. *Columbia Journal of Transnational Law Online Edition*, 17 out. 2016. Disponível em: <<http://jtl.columbia.edu/from-jurisdictional-battles-to-crypto-wars-brazilian-courts-v-whatsapp/>>. Acesso em: 28 set. 2017.

ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys. E quando o policial vira hacker? *Blog InternetLab*, 17 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.internetlab.org.br/pt/privacidade-e-vigilancia/e-quando-o-policial-vira-hacker/>> Acesso em: 6 dez. 2017.

ANTONIALLI, Dennys et al. Especial: o que dizem especialistas em criptografia sobre bloqueio do WhatsApp. *Deu nos Autos*, 21 jul. 2016. Disponível em: <<http://link.estadao.com.br/blogs/deu-nos-autos/especial-o-que-dizem-especialistas-em-criptografia-sobre-o-bloqueio-do-whatsapp/>>. Acesso em: 27 set. 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas: limites ante o avanço da tecnologia. In: LIMA, José Corrêa de; CASARA, R. R. Rubens. (Coord.). *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 483-499.

BANKSTON, Kevin. Ending The Endless Crypto Debate: Three Things We Should Be Arguing About Instead of Encryption Backdoors. *Lawfare*, 14 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.lawfareblog.com/ending-endless-crypto-debate-three-things-we-should-be-arguing-about-instead-encryption-backdoors>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

BARRETO, Alesandro Gonçalves; CASELLI, Guilherme. WhatsApp: é possível cumprir decisões judiciais? *Direito & TI*, 10 abr. 2016. Disponível em: <<http://direitoeti.com.br/artigos/whatsapp-e-possivel-cumprir-decisoes-judiciais/>>. Acesso em: 23 out. 2017.

82 Quem faz juízo de cautela semelhante é POWLES, Julia; CHAPARRO, Enrique. In the wake of Apple vs. FBI, we need to face some uncomfortable truths. *The Guardian*, 29 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2016/mar/29/apple-fbi-encryption-san-bernardino-uncomfortable-truths>>. Acesso em: 22 out. 2017.

83 Agradeço a Caio Gentil Ribeiro, Daniel Murata e Guilherme Bandeira pelos comentários a uma versão preliminar deste artigo. Por conversas e oportunidades que me ajudaram a organizar e amadurecer as ideias apresentadas, também agradeço a Amy Zhang, Artur Pericles Lima Monteiro, Beatriz Kira, Bruno Bioni, Dennys Antonialli, Francisco Brito Cruz, Lisa Patel, Mariana Cunha e Melo, Mariana Valente, Riana Pfefferkorn, Ronaldo Macedo, Ryan Budish, Tobias Boelter e Urs Gasser.

- BRAMAN, Sandra. *Change of State: Information, Policy, and Power*. Cambridge: The MIT Press, 2007.
- COMEY, James. *Going Dark: Are Technology, Privacy, and Public Safety in a Collision Course?* Discurso proferido no Brookings Institute, 14 out. 2016. Disponível em: <<https://www.fbi.gov/news/speeches/going-dark-are-technology-privacy-and-public-safety-on-a-collision-course>>. Acesso em: 23 out. 2017.
- CERDEIRA, Pablo; FERREIRA, Helena. Permitir grampo no WhatsApp coloca a sociedade em risco. *Jota*, 2 jun. 2017. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/permitir-grampo-no-whatsapp-colocar-a-sociedade-em-risco-02062017>>. Acesso em: 23 out. 2017.
- DIFFIE, Whitfield; HELLMAN, Martin. New directions in cryptography. *IEEE transactions on Information Theory*, v. 22, n. 6, p. 644-654, 1976. Disponível em: <<https://www-ee.stanford.edu/~hellman/publications/24.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2017.
- DIFFIE, Whitfield; LANDAU, Susan. *Privacy on the Line: The Politics of Wiretapping and Encryption*. Cambridge: The MIT Press, 2007.
- DONEDA, Danilo. A regulação da criptografia e o bloqueio do WhatsApp. *Consultor Jurídico*, 30 maio 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-30/danilo-doneda-regulacao-criptografia-bloqueio-whatsapp>>.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 88, p. 439-459, 1993.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano; FINGER, Marcelo. O desafio do WhatsApp ao Leviatã. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 16 ago. 2016. Opinião. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2016/08/1803323-o-desafio-do-whatsapp-ao-leviata.shtml>>.
- GASSER, Urs et al. Don't Panic. *Making Progress in the 'Going Dark' Debate*: Berkman Klein Center For Internet & Society. 1 fev. 2016. Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/pubrelease/dont-panic/Dont_Panic_Making_Progress_on_Going_Dark_Debate.pdf>. Acesso em: 23 out. 2017.
- GUIMARÃES, Lucas Noura. The dichotomy between smart metering and the protection of consumer's personal data in Brazilian law. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.
- MARCACINI, Augusto. *Direito e Informática: uma abordagem jurídica sobre a criptografia*. São Paulo: edição eletrônica, 2010. Disponível em: <<http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DireitoE-Criptografia>>. Acesso em: 23 out. 2017.
- KERR, Orin; SCHNEIER, Bruce. Encryption Workarounds. *Georgetown Law Journal*, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2938033>>. Acesso em: 20 out. 2017.
- KOOPS, Bert-Jaap. *The Crypto Controversy*: 0. The Haag: Kluwer Law International, 1999.
- KAHN, Matthew. Deputy Attorney General Rod Rosenstein Remarks on Encryption. *Lawfare*, 10 out. 2017. Disponível em: <<https://www.lawfareblog.com/deputy-attorney-general-rod-rosenstein-remarks-encryption>>. Acesso em: 23 out. 2017.
- LADÉUR, Karl-Heinz. New institutions for the protection of privacy and personal dignity in internet communication: “information broker”, “private cyber courts” and network of contracts. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n.1, p. 281-296, 2013.
- LESSIG, Lawrence. Reading the Constitution. *Cyberspace, Emory Law Journal*, v. 45, p. 869-910, 1996.
- LEVY, Steven. *Crypto: how the code rebels beat the government saving privacy in the digital age*. New York: Penguin Books, 2001.
- LIMA, Caio César Carvalho. Criptografia e (ou?) interceptação das comunicações. *Jota*, 31 maio 2017. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/direito-digital/criptografia-e-ou-interceptacao-das-comunicaco>>.

es-31052017>. Acesso em: 23 out. 2017.

MONCAU, Luiz Fernando Marrey. O problema por trás do bloqueio do WhatsApp. *Jota*, 21 jul. 2016. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/o-problema-por-tras-bloqueio-whatsapp-21072016>>.

PFEFFERKORN, Riana. *Apple vs. FBI: Where did it come from? What Is It? Where Is It Going?* Palestra realizada na Universidade da Califórnia, Berkeley, 7 mar. 2016. Disponível em: <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/blogs/Riana%20BIPLA%20talk%203-7-16.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017.

PFEFFERKORN, Riana. A Response to “Responsible Encryption”. *Center for Internet & Society at Stanford Law School Blog*, 11 out. 2017. Disponível em: <<http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2017/10/response-“responsible-encryption”>>.

PFEFFERKORN, Riana. Everything Radiates: Does The Fourth Amendment Regulate Side-Channel Cryptanalysis? *Connecticut Law Review*, v. 49, n. 5, p. 1393-1452, 2017.

POWLES, Julia; CHAPARRO, Enrique. In the wake of Apple vs. FBI, we need to face some uncomfortable truths. *The Guardian*, 29 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2016/mar/29/apple-fbi-encryption-san-bernardino-uncomfortable-truths>>. Acesso em: 23 out. 2017.

RICE, Eric. The Second Amendment and the Struggle Over Cryptography. *Hastings Science and Technology Law Journal*, v. 9, p. 29-88, 2017.

ROSA, João Luiz Moraes. Sigilo e persecução penal. *Justiça do Direito*, v. 31, n. 1, p. 120-150, jan./abr. 2017.

ROZENSHTEIN, Alan Z. Surveillance Intermediaries. *Stanford Law Review*, v. 70, p. 29, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2935321>>. Acesso em: 10 out. 2017.

SANCHEZ, Julian. Old Technopanic in New iBottles. *Cato at Liberty*, 23 set. 2014. Disponível em: <<https://www.cato.org/blog/old-technopanic-new-ibottles>>. Acesso em: 23 out. 2017.

SILVA, Alexandre Assunção e. *Sigilo das Comunicações na Internet*. Curitiba: Juruá, 2017.

SINGH, Simon. *The Code Book: The Science of Secrecy from Ancient Egypt to Quantum Cryptography*. New York: Anchor Books, 1999.

SWIRE, Peter; AHMAD, Kenesa. Encryption and Globalization. *The Columbia Science & Technology Law Review*, v. 23, p. 416-481, 2012.

SOBRAL, Carlos Eduardo. Por que a Justiça deve bloquear o WhatsApp. *Jota*, 4 jul. 2016. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/por-que-justica-deve-bloquear-o-whatsapp-quando-nao-ha-colaboracao-04072016>>. Acesso em: 23 out. 2017.

SOLOVE, Daniel; SCHWARTZ, Paul. *Information Privacy Law*. 4. ed. New York: Wolters Kluwer, 2015.

ZITTRAIN, Jonathan. *The Future of the Internet and How to Stop It*. New Haven: Yale University Press, 2008.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Tratamento jurídico das criptomoedas: a dinâmica dos bitcoins e o crime de lavagem de dinheiro

Legal treatment of crypto-coins: the dynamics of bitcoins and the crime of money laundering

Mariana Dionísio de Andrade

Tratamento jurídico das criptomoedas: a dinâmica dos bitcoins e o crime de lavagem de dinheiro*

Legal treatment of crypto-coins: the dynamics of bitcoins and the crime of money laundering

Mariana Dionísio de Andrade**

RESUMO

O objetivo do artigo consiste em responder ao seguinte problema de pesquisa: a falta de regulamentação específica para as criptomoedas possui relação com a expansão das modalidades criminosas? Para responder ao referido problema, é necessário abordar o conceito de criptomoedas, sua expansão, o papel das instituições de controle e os limites jurídicos que reconhecem a existência dessa nova modalidade de tecnologia. Partimos do suposto de que o advento das criptomoedas em si não consiste em uma atividade criminosa pela ausência de regulamentação pelo Banco Central, mas sim, pode vir a se encaixar em tipos penais pelo mau uso dos *softwares*. A abordagem é qualitativa, com suporte em revisão de literatura e análise descritiva dos fenômenos pesquisados, além da consulta sobre a legislação sobre o tema. A contribuição é relevante pelo ineditismo e pela importância do tema no contexto financeiro e jurídico das transações realizadas em modalidade virtual. Conclui-se que não é possível associar diretamente o uso de bitcoins com a expansão das modalidades criminosas, entretanto, resta evidente que há relação subjacente entre a falta de regulamentação e a especialização de práticas criminosas que usam o ciberespaço como ambiente.

Palavras-chave: Criptomoedas. Bitcoins. Tratamento jurídico dos bitcoins e relações adjacentes. Lavagem de dinheiro. Instituições formais.

ABSTRACT

The present article intends to answer the following research problem: does the lack of specific regulation for crypto-coins have a relation with the expansion of criminal modalities? In order to respond to this problem, it is necessary to address the concept of crypto-coins, their expansion, the role of control institutions and the legal limits that recognize the existence of this new modality of technology. We start from the assumption that the advent of the crypto-coins in itself is not a criminal activity due to the absence of regulation by the central bank, but rather, it may fall into criminal types due to the misuse of the software. The approach is qualitative, with support in literature review and descriptive analysis of the phenomena researched, as well as consultation on legislation on the subject. The contribution is relevant for the novelty and importance of the theme in the financial and legal

* Recebido em 30/10/2017
Aprovado em 27/11/2017

** Doutoranda em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito Processual Civil pela UNIFOR. Professora do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito e Processo Constitucionais e Teoria Geral do Processo Civil no Curso de Graduação em Direito na Universidade de Fortaleza. Formação em Leadership and Conflict Management pela Stanford University. Formação em Métodos Quantitativos pela UERJ. Pesquisadora do Grupo Epistemologia e Método na Ciência Política Comparada (Cnpq/UFPE). Pesquisadora do Multidoor Courthouse System. Advogada. E-mail: mariana.dionisio@unifor.br

context of transactions carried out in virtual mode. We concluded that it is not possible to directly associate the use of bitcoins with the expansion of criminal modalities of laundry money, however, it remains evident that there is an underlying relationship between the lack of regulation and the specialization of criminal practices that use cyberspace as an environment.

Keywords: Crypto-coins. Bitcoins. Legal treatment of bitcoins and adjacent relations. Money laundry. Formal institutions.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a responder ao seguinte problema de pesquisa: a falta de regulamentação específica para as criptomoedas possui relação com a expansão das modalidades criminosas? Para responder ao referido problema, é necessário abordar o tema das criptomoedas tanto em sua origem, quanto em seu uso como alternativa não controlada por um Banco Central, o que, em termos teóricos, traria maior agilidade e segurança às transações financeiras por meios virtuais.

O objetivo do presente artigo consiste em compreender a dinâmica do uso das criptomoedas, seu uso e modalidades, além das consequências jurídicas decorrentes do mau uso dessa tecnologia nas operações financeiras.

O estudo se justifica pela atualidade do tema no contexto social, econômico e jurídico, uma vez que as relações que envolvem o processamento de pagamentos por produtos ou serviços, câmbio internacional e algumas transações financeiras hoje destacam o uso desse mecanismo típico do ambiente digital, que possibilita a troca do dinheiro de uma forma diferente da tradicionalmente utilizada pelos bancos físicos.

O texto possui uma divisão em quatro tópicos. No primeiro, realizamos esclarecimentos iniciais e necessários sobre a origem, o uso e os procedimentos referentes às criptomoedas. No segundo tópico, analisamos a relação entre as instituições e o controle sobre as operações financeiras, especialmente no tocante ao uso dos bitcoins.

O terceiro tópico é voltado à análise sobre os limites jurídicos para o uso das criptomoedas, implicações legais das operações e definições legais sobre a matéria. O quarto tópico descreve figuras típicas que podem ocorrer com base no mau uso das operações financeiras via criptomoedas.

O estudo possui abordagem qualitativa, e se baseia em um estudo descritivo-analítico fundado em revisão de literatura. Em pesquisa qualitativa, as conclusões não são objetivas ou baseadas em padrões numéricos de mensuração, e o objetivo não é contabilizar eventos ou realizar estudos quantitativamente relevantes para a produção do resultado, mas sim, consiste em conseguir averiguar e compreender o comportamento de determinados grupos de estudo, sem que recaia sobre eles o tratamento típico dos estudos quantitativos.

A escolha da pesquisa qualitativa como metodologia de investigação se sustenta na necessidade de avaliar teorias polissêmicas e definições cruciais para o tema em desenvolvimento, conferindo suporte teórico, documental e doutrinário para as proposições e permitindo a construção de inferências válidas com base na análise acurada de textos com balizamento científico, propiciando um importante caminho para o acesso às informações desejadas e conseqüente fortalecimento do conhecimento acadêmico.

O artigo possui relevância em termos práticos e teóricos. Em termos práticos, porque adentra em uma esfera de negócios que ainda carece de regulamentação mais abrangente, e cujas consequências jurídicas ainda se apresentam como novidade para os profissionais da área. A relevância teórica se evidencia pelo contributo que o artigo tem a oferecer para a literatura nacional sobre o tema, uma vez que, em virtude da novidade do assunto, ainda há escassez de material que aborde as questões aqui levantadas de forma específica; como a distinção entre as modalidades de criptomoedas, o procedimento de uso e a falta de regulamentação.

2. CRIPTOMOEDAS: ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS

Em um contexto financeiro de alta regulação e controle pelo Banco Central como instituição única, certas dúvidas acabam por acelerar ideias que estimulam outras fontes de utilização da moeda, sem perda do lastro e da incidência no mercado, especialmente, no mercado eletrônico. A criptografia começou a assumir uma presença massiva no mundo virtual, justamente por se apresentar como um novo mecanismo de troca de dinheiro por bens, ações, produtos e serviços, sem a necessidade de uma agência reguladora que estabelecesse tributação sobre as operações financeiras.

O monopólio das emissões de notas e moedas tornou os governos capazes de usar a inflação como mecanismo para exercer suas políticas e impor suas agendas¹, mas também consolidou o controle das instituições sobre as transações financeiras. As moedas digitais representam um mecanismo para a realização de operações financeiras sem a incidência dos mesmos custos da inflação impostos pelo Banco Central, por meio da criptografia do dinheiro. A ideia de utilizar o dinheiro na forma digital já é uma realidade, o que se verifica desde as operações mais simples como o depósito em uma conta bancária por sistemas de *internet banking*, em que um *software* identifica o proprietário e cria um crédito de acordo com o valor do depósito; até compras e transações que envolvem o fluxo internacional da moeda.

Entretanto, moedas digitais diferem do conceito já cotidiano do uso do dinheiro digital. Uma moeda digital é como uma moeda real, mas não são emitidos por bancos centrais, tampouco estão apoiados financeiramente na moeda nacional, como o dinheiro digital. Portanto, a emissão é descentralizada e não é decidida pelos políticos, mas por aspectos técnicos, geralmente bem definidos. Por exemplo, os bitcoins usam um algoritmo criptográfico para gerar a moeda, que é feita pelos usuários da rede e não por um organismo governamental centralizado².

Pouco estudadas no cenário jurídico brasileiro, as criptomoedas ainda não são consideradas com a profundidade e incidência ideal no que se refere ao tratamento, implicações e às consequências jurídicas sobre o uso dessa tecnologia³.

A criptografia do dinheiro confere às operações virtuais os benefícios de confidencialidade, integridade, rapidez nas transações e autenticação, e foi projetada com base em objetivos que tornam o uso das criptomoedas uma alternativa atrativa para a moeda corrente e, por meio de *softwares* específicos, fornece aos usuários liberdade de pagamento, segurança, taxas muito baixas e menos riscos para comerciantes⁴.

A proteção aos dados e a aparente segurança do sistema é um dos atrativos para a realização das transações. A inviolabilidade do livro de registros, por exemplo, confere credibilidade às operações, apesar da vulnerabilidade dos sistemas de empresas e das agências de câmbio.⁵

As transações com criptomoedas, que atraem um número crescente de especuladores (*traders*), ainda levantam divergências entre economistas e especialistas em segurança digital. Todavia, parece prematuro ou enviesado sustentar afirmações de que o sistema seria uma “bolha”, ou “pirâmide”; justamente porque não se pode confundir as operações realizadas com os investimentos tradicionais.

1 ALBUQUERQUE, Bruno Saboia de; CALLADO, Marcelo de Castro. Understanding Bitcoins: Facts and Questions. *Revista Brasileira de Economia*, v. 69, n. 1, p. 3-16, mar. 2015.

2 ALBUQUERQUE, Bruno Saboia de; CALLADO, Marcelo de Castro. Understanding Bitcoins: Facts and Questions. *Revista Brasileira de Economia*, v. 69, n. 1, p. 3-16, mar. 2015.

3 ABREU, Jacqueline de Souza. Passado, presente e futuro da criptografia forte: desenvolvimento tecnológico e regulação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

4 DORAN, Michael. A Forensic Look at Bitcoin Cryptocurrency. *The SANS Institute*, p. 1-34, 2015.

5 TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; SILVA, Felipe Rangel da. Bitcoin e a (im) possibilidade de sua proibição: uma violação à soberania do Estado? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

Gráfico 1 – Variação histórica do preço da Bitcoin (2013 a 2017)



Fonte: CoinDesk (2017, *on line*)

Enquanto os investimentos, por sua própria natureza, exigem análise contínua dos fluxos de mercado, oferecem segurança do capital, baixo risco, previsibilidade média quanto aos juros e expectativa de crescimento moderado a médio e longo prazo (a depender do perfil de investimentos); as operações com criptomoedas guardam mais semelhanças com a especulação, que não obedecem aos mesmos requisitos e suportam maiores riscos nas transações, focando muito mais na volatilidade do preço das ações do que nos rendimentos considerados mais seguros.

Enquanto os investidores usam análises fundamentais para avaliar diferentes classes de ativos, como ações e moedas fiduciárias, investimentos multimercado, tesouro direto e renda fixa, o uso desta abordagem para avaliar a bitcoin é mais complexo, porque não há curvatura de balanço ou números de receitas e ganhos a longo prazo que torne possível desenhar um panorama ideal dos riscos; o que torna a escolha do momento propício para comprar ou vender algo quase que intuitivo.

Cumprir destacar outra característica distintiva entre o uso de criptomoedas e as transações financeiras tradicionais: a segurança dos dados. O modelo bancário tradicional atinge um nível de privacidade, limitando o acesso à informação aos envolvidos diretamente na transação e a um terceiro confiável. A privacidade ainda pode ser mantida por meio da quebra do fluxo de informações em outro lugar; por meio das chaves públicas anônimas. O público pode ver que alguém está enviando um valor para outra pessoa, mas sem informações que conectam a transação a um indivíduo específico. Isso é semelhante ao nível de informação divulgado pelas bolsas de valores, por exemplo, em que o tempo e o tamanho dos negócios individuais são tornados públicos, mantendo-se apenas o sigilo sobre as partes contratantes.

Uma moeda eletrônica funciona como uma cadeia de assinaturas digitais, com carteiras de moedas virtuais que possibilitam a operação em um mercado eletrônico de largo alcance. Cada proprietário transfere a moeda para o próximo indivíduo, assinando digitalmente um *hash*⁶ da transação anterior e uma chave pública do próximo proprietário, adicionando estas ao final da moeda. Para evitar que um dos proprietários não gaste a moeda duas vezes, é introduzida uma autoridade central confiável, ou *mint*, que verifica todas as transações para gastos duplos⁷.

Há duas espécies de criptomoedas mais utilizadas como medida comum de valor; bitcoins e ethereum, mais populares e mais ativas na dinâmica internacional de mercado. As bitcoins tiveram origem em 2008,

⁶ Unidade que determina o poder computacional de mineração. Cada número representa uma informação específica, o que gera uma codificação em fórmula (descritas em números de 0 a 9, ou por letras, de A a F) com o objetivo de proteger as transações realizadas. O valor máximo do *hash* é determinado por bitcoin.

⁷ NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. 2008. Disponível em: < <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> >. Acesso em: 22 set. 2017.

como mecanismo de pagamento independente sem a fiscalização por meio de um Banco Central que controle seu valor ou sua oferta, assim como as demais moedas. “Para que algo possa ser considerado como moeda deve ter algumas características como escassez, durabilidade, portabilidade, divisibilidade, fácil de armazenar, fungível, dificuldade de falsificação e uso extenso”⁸, o que exige das criptomoedas algumas características, como a possibilidade de uso como meio de troca, reserva de valor e denominador comum monetário.

A tecnologia que envolve as criptomoedas capta os dados de segurança e criptografa os caracteres para protegê-los e, especificamente no caso das bitcoins, para manter as transações financeiras em sigilo. Por um lado, essa codificação tende a gerar segurança no uso dos dados; entretanto, pode inviabilizar o controle e a regulamentação sobre as transações.

A bitcoin é a primeira rede descentralizada de pagamento que é atendida por seus usuários sem os órgãos ou agentes centrais do governo. Do ponto de vista dos usuários, a bitcoin tem similaridade com o dinheiro, mas apenas para o ambiente virtual. O anonimato das operações é peculiar à bitcoin como resultado da descentralização do sistema⁹. Bitcoins, são colocadas em uma determinada carteira e outras operações feitas em cadeia de blocos (o registro de pagamentos *on line* unificado da rede bitcoin) também podem ser anonimadas, o que exclui a oportunidade de rastrear os verdadeiros proprietários de carteiras.

Como principais vantagens, o uso de bitcoins não sofre a incidência de taxas de transação, tampouco a influência de questões políticas que, no mundo real, afetam diretamente o destino e a cotação das moedas. Entretanto, o valor bitcoin pode ser muito instável, gerando insegurança especialmente nos usuários que ainda não possuem prática no procedimento e que podem ser facilmente manipulados pelos mineradores.

A criptografia na modalidade bitcoin foi inventada com o objetivo de facilitar serviços de pagamento instantâneo sem a necessidade de instituições intermediárias, como o Banco Central, para executar os pagamentos. Com base em funções criptográficas, qualquer usuário desse sistema pode fazer operações financeiras e transferir unidades da moeda virtual com a garantia do anonimato e da ausência de tributação sobre as operações¹⁰.

Apesar dos benefícios, houve uma desvantagem para o setor bancário. Os efeitos de custos associados às possíveis operações fraudulentas, aumentam os custos de transação do consumidor e, em última instância, limitam o tamanho mínimo da transação. A bitcoin foi projetada em uma plataforma de protocolo criptográfico de código aberto que permite que cada transação entre os usuários seja “computacionalmente impraticável” para reverter e proteger os vendedores contra a fraude¹¹.

O Ethereum, por sua vez, consiste em uma criptomoeda de uso mais recente, lançada em meados de 2014 e com características semelhantes, mas com uma cotação mais considerável no mercado digital. Ethereum é uma plataforma descentralizada que executa contratos inteligentes: aplicativos que funcionam exatamente como programados sem qualquer possibilidade de tempo de inatividade, censura, fraude ou interferência de terceiros. Esses aplicativos são executados em um bloco, por meio de uma infraestrutura global compartilhada. Isso permite aos desenvolvedores criar mercados, armazenar registros de dívidas ou promessas de pagamento, mover fundos de acordo com as instruções dadas em operações anteriores¹².

Para usar bitcoin, é necessário instalar *softwares* específicos (compatíveis com muitos sistemas operacionais de computadores, *tablets* e *smartphones*) e criar chaves criptográficas, que funcionam como uma conta corrente

8 SILVA, Rodrigo Morais Paim. A evolução da moeda e a bitcoin: um estudo da validade da bitcoin como moeda. *Revista da Graduação*, v. 9, n. 2, p. 52, ago. 2016.

9 SAT, Diana et al. Investigation of money laundering methods through cryptocurrency. *Journal of Theoretical and Applied Information Technology*, v. 83, n. 2, p. 244-254, jan. 2016.

10 BRÜHL, Volker. Bitcoins, Blockchain und Distributed Ledgers. *Wirtschaftsdienst*, v. 97, n. 2, p. 135 -142, feb. 2017.

11 NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. 2008. Disponível em: < <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2017.

12 ETHEREUM. *Design and Issue your own Cryptocurrency*. Disponível em: <<https://ethereum.org/>>. Acesso em: 20 set. 2017.

única para cada usuário. A partir desse momento, o usuário pode adquirir moedas digitais que são pagas com dinheiro real (por meio de boleto ou cartão de crédito) e armazenadas em uma carteira digital; além de acompanhar as transações, que funcionam em blocos (*blockchain*) e que são posteriormente validadas por um operador.

Para alcançar os lucros desejados, o usuário deve realizar operações em blocos, especulando suas bitcoins em plataformas diversas de acordo com uma cotação diária. Entretanto, um usuário que utiliza computadores domésticos, tem menos chances de aferir grandes lucros comparativamente aos operadores profissionais (mineradores), que têm acesso às ligações em blocos maiores (dada a capacidade operacional da própria máquina), utilizando computadores e programas mais potentes¹³.

3. AS INSTITUIÇÕES IMPORTAM: QUEM CONTROLA O USO DAS BITCOINS?

A criptografia bitcoin é uma tecnologia relativamente nova e ainda há um número relativamente pequeno de pesquisas dedicadas aos procedimentos, artefatos forenses específicos, sistemas afetados pelo uso dessa modalidade de contabilidade financeira, o que esses artefatos significam e como recuperá-los. A maior novidade diz respeito ao papel das instituições de regulação, uma vez que, em se tratando de transações que envolvem dinheiro e custos de cotação, há um tradicional e previsível controle das relações por instituições que centralizam as dinâmicas, especialmente em relação à supervisão do sistema financeiro.

As instituições são as regras do jogo em uma sociedade, ou mais formalmente, são os constrangimentos que moldam a interação humana concebidos pelos seres humanos. A instituição tem a finalidade de estruturar os incentivos na troca humana, ela é a chave para entender mudanças históricas¹⁴. Instituições reduzem a incerteza fornecendo uma estrutura para a vida cotidiana. Elas são um guia para a interação humana.

Nesse sentido, as instituições definem e limitam o conjunto de escolhas dos indivíduos. Instituições incluem qualquer forma de restrição aos seres humanos para conceber e moldar essa interação humana, podendo ser essas restrições formais (regras que os seres humanos concebem) ou informais (convenções e códigos de comportamento).

As instituições podem ser criadas; ou podem simplesmente evoluir ao longo do tempo, assim como a lei comum. Destaque-se que “a principal função das instituições na sociedade é reduzir as incertezas, estabelecendo uma estrutura estável, mas não necessariamente eficiente da interação humana. No entanto, a estabilidade das instituições não contradiz o fato de que estejam mudando permanentemente”¹⁵.

A relevância das instituições, em especial as financeiras, reflete que a existência de regras e seu nível de efetividade são determinantes na compreensão da qualidade da economia, na medida em que normas são parte integrante do projeto econômico e dos processos dele decorrentes. Além disso, espera-se que as instituições sejam estáveis (mas não estáticas) e que acompanhem o desenvolvimento das relações.

A regulação econômica, por si, e muito embora seja realizada pelas instituições que tentam fornecer segurança para as relações, nem sempre identifica as reais necessidades dos indivíduos regulados. Deveria haver uma relação equilibrada entre benefícios e encargos; entretanto, a realidade fática nem sempre segue esse padrão.

A regulação tanto pode ser ativamente perseguida por uma empresa ou indivíduo, como também pode ser imposta a ela pelo Estado. Em regra, a regulação é adquirida por grandes corporações, além de concebi-

13 BRÜHL, Volker. Bitcoins, Blockchain und Distributed Ledgers. *Wirtschaftsdienst*, v. 97, n. 2, p. 135 -142, feb. 2017.

14 NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.

15 TELLO, Diana Carolina Valencia. As instituições e a via da dependência histórica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 38, jan./jun. 2011.

da e operada fundamentalmente em seu benefício, e não necessariamente em benefício das pessoas¹⁶.

O problema da regulação se concentra na descoberta de quando e por qual razão uma corporação se habilita a usar o Estado para seus propósitos, ou é apontada pelo Estado para ser usada fins diversos. O Estado tem um recurso básico que não é compartilhado com a massa dos cidadãos: o poder da coerção. Razão pela qual, tecnologias que admitam uma menor ou nenhuma intervenção, tendem a reunir o interesse de um número cada vez mais crescente de indivíduos.

A regulação econômica nasceu e se mantém para satisfazer os interesses privados, fundamento da chamada “Teoria dos Grupos de Interesse”, por meio do qual tais grupos influenciariam os órgãos reguladores em busca de normas que os beneficiassem, seja em relação à imposição de regulamentos que retirassem concorrentes do mercado ou que criassem barreiras à entrada de novos *players*.

Entretanto, a busca por benesses estatais não se restringe às normas técnicas, mas também à instituição de novos tributos ou majoração dos já existentes, seja para os concorrentes internos ou estrangeiros. Contudo, apesar desta inevitável pressão exercida pelas empresas, em sua grande maioria, os órgãos reguladores (agências reguladoras) exercem suas funções com relativa isenção, muitas vezes criando normas técnicas deveras onerosas às empresas reguladas¹⁷.

Não resta controvérsia quanto ao fato de que as instituições afetam o desempenho das economias, e também não há dúvidas quanto ao fato de que o desempenho diferencial das economias ao longo do tempo é fundamentalmente influenciado pela forma como as instituições evoluem. No entanto, nem a teoria econômica atual, nem a história mostram muitos sinais de que o papel das instituições no desempenho econômico é próspero, porque há ainda um quadro analítico para integrar a análise institucional na economia e na história econômica¹⁸. As implicações da análise sugerem um reexame de muita teorização das ciências sociais (em geral) e da economia (em particular), e fornecem uma nova compreensão da mudança histórica.

É possível perceber a relação que existe entre a presença forte das instituições e o desempenho econômico a partir da seguinte visão: devido à sua complexidade, o ambiente humano é permeado de incertezas.

Em razão dessas incertezas e devido às limitações cognitivas de alguns agentes, surgem os custos de transação. Então, os seres humanos desenvolvem instituições, compostas de restrições informais, em grande parte determinadas pela cultura da sociedade, e normas formais, que dizem respeito, entre outras, à definição dos direitos de propriedade que amenizam a incerteza dos investimentos produtivos. Em outros casos, desenvolvem mecanismos tecnológicos para dinamizar relações ainda não acompanhadas pelas instituições formais.

No caso das criptomoedas, a falta de regulamentação econômica por parte de instituições fortes como o Banco Central, expressa dois fatores contrastantes e extremamente controversos: por um lado, a ausência de regulação pela instituição financeira mais forte gera a consequente ausência de tributação, o que seria ideal para negócios em que pretende maximizar os lucros. Por outro lado, a inexistência das instituições reguladoras expõe a vulnerabilidade quanto à segurança dos negócios, o que pode abrir um perigoso e possivelmente irreversível espaço para práticas ilícitas.

A razão pela qual as moedas digitais são tão atraentes consiste na cotação, normalmente acima do valor da moeda física justamente pela não incidência de tributos e regulação por bancos centrais, o que as torna mais baratas. Um dos conceitos-chave para bitcoins é a descentralização, o que implica a dificuldade de regulamentação. Entretanto, insistimos que a falta de regulação tende a criar um ambiente propício para todos os tipos de pessoas, inclusive usuários maliciosos¹⁹.

16 STIGLER, George. *The theory of economic regulation*. Chicago: University of Chicago, 1971.

17 STIGLER, George. *The theory of economic regulation*. Chicago: University of Chicago, 1971.

18 NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.

19 MELIK, James. Digital currency: Brave new world or criminal haven? *BBC Business*, 2012. Disponível em: <<http://www.bbc>

4. LIMITES JURÍDICOS PARA O USO DAS CRIPTOMOEDAS

O anonimato jurídico das criptomoedas é um tema que tende a despertar cada vez mais a curiosidade dos profissionais do Direito e de outras ciências, uma vez que se trata de uma modalidade de transação via digital e que, por sua própria natureza, possui como principal característica a extrema rapidez na atualização de seus procedimentos, tornando todas relações muito dinâmicas e, talvez por isso, cada vez mais difíceis de serem identificadas por leigos no assunto.

O uso das bitcoins exige proteção da privacidade, assim como qualquer transação bancária tradicional. Todas as operações a partir dessa ferramenta são armazenadas publicamente e de forma permanente, entretanto, a identidade dos usuários continua anônima até o momento da compra, permanecendo desconhecida até a transação propriamente dita (o que não significa dizer que o fato de a identidade do usuário ser revelada implique necessariamente afirmar que seja a identidade real); razão pela qual os endereços bitcoins são utilizados, apenas, uma vez.

Além disso, é necessário ressaltar que as transações emitidas com bitcoins são irreversíveis, podendo ser reembolsadas apenas por quem recebe os valores, o que exige confiança e boa-fé de um usuário completamente desconhecido até o momento da operação; evidenciando uma lacuna de proteção ao consumidor dada a falta de regulamentação e fiscalização pelo Banco Central.

Apesar dos benefícios verificados pela ausência de regulamentação específica, as autoridades de supervisão financeira estão prestes a aumentar a regulamentação das moedas virtuais devido a preocupações de que o caráter anônimo do sistema facilita o branqueamento de capitais e o financiamento de transações ilegais. No entanto, a tecnologia de cadeias de blocos subjacentes, ou em termos mais amplos, a tecnologia de livros distribuídos, pode revolucionar várias indústrias²⁰.

Há muitas questões quanto à ausência de regulamentação e suas implicações. Há um justificável temor de que as moedas digitais tornem mais fáceis os crimes como lavagem de dinheiro, pirâmides financeiras, invasão de sistemas bancários, evasão de divisas, estelionato e demais delitos relacionados ao uso ilícito da tecnologia. As facilidades de acesso às transações via bitcoins podem atrair usuários que pretendem transgredir no ambiente real limites estabelecidos pelo que a lei ainda prevê apenas no mundo real.

Para abrir uma conta bancária convencional, por exemplo, são necessários vários documentos, como uma identificação válida e uma prova de residência, ao passo que, para se registrar em um sistema que transaciona por meio de moedas digitais, basta um endereço IP válido. No entanto, existem várias técnicas para ocultar o endereço IP real, como o uso de *proxies*, o que dificulta o rastreamento de usuários maliciosos²¹.

O uso de bitcoins desperta o interesse de agências de aplicação da lei, autoridades fiscais e reguladores legais, que tentam entender como as criptomoedas se encaixam nos modelos de regulação existentes. A legalidade das atividades com bitcoins dependerá do país em que se aplica, na medida em que alguns os reconhecem como moeda corrente, outros como commodities, enquanto outros sequer os reconhecem como modalidade de transação financeira. Trata-se de uma questão contenciosa para os profissionais da área, que enxergam bitcoins como moeda digital na tentativa de controlar seu uso. Assim, surge a pergunta: o uso de bitcoins é legal? A resposta é: depende do reconhecimento de cada país na utilização dessa ferramenta.

O uso ilegal de bitcoins ainda convive com a permissividade em relação ao uso da moeda. No Brasil, por exemplo, algumas empresas aceitam bitcoins, mas não há explicações claras sobre disposições normativas a esse respeito. Muito embora bitcoins sejam aceitas como moeda de troca por algumas instituições e organizações, não há orientação contábil específica para essas transações.

com/news/business-19785935>. Acesso em: 22 set. 2017.

20 BRÜHL, Volker. Bitcoins, Blockchain und Distributed Ledgers. *Wirtschaftsdienst*, v. 97, n. 2, p. 135 -142, feb. 2017.

21 MELIK, James. Digital currency: Brave new world or criminal haven? *BBC Business*, 2012. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/business-19785935>>. Acesso em: 22 set. 2017.

Agências reguladoras de jurisdições diferentes tendem a ter dificuldades para tomar medidas de proteção para os usuários e para a integração dessa nova tecnologia ao sistema financeiro regulado e convencional, sobretudo porque quaisquer medidas de proteção interfeririam no sigilo dos dados. Abaixo, segue o rol de países que consideram o uso de bitcoins:

Tabela 1 - Países que reconhecem o uso de bitcoins

País	Legalidade	Classificação
Aland Island	Legal	Moeda Corrente
Andorra	Não há norma proibitiva	Não há classificação
Argentina	Não há norma proibitiva	Propriedade
Austrália	Legal	Moeda Corrente
Áustria	Legal	Moeda Corrente
Azerbaijão	Legal	Moeda Corrente
Barbados	Não há norma proibitiva	Não há classificação
Bélgica	Legal	Moeda Corrente
Brasil	Não há norma proibitiva	Commodities
Bulgária	Legal	Moeda Corrente
Brunei	Legal	Moeda Corrente
Canadá	Legal	Moeda Comercial
Chile	Legal	Não há classificação
Colômbia	Não há norma proibitiva	Não há classificação
Congo	Legal	Não há classificação
Croácia	Legal	Moeda Corrente
Cuba	Legal	Moeda Corrente
República Checa	Legal	Moeda Corrente
Dinamarca	Legal	Moeda Corrente
Estônia	Legal	Moeda Corrente
Finlândia	Legal	Moeda Corrente
França	Legal	Commodities
Gabão	Não há norma proibitiva	Não há classificação
Alemanha	Legal	Moeda Comercial
Grécia	Legal	Moeda Corrente
Hong Kong	Legal	Commodities
Hungria	Legal	Moeda Corrente
Islândia	Legal	Moeda Corrente
Índia	Não há norma proibitiva	Dinheiro
Indonésia	Não há norma proibitiva	Não há classificação
Iran	Legal	Não há classificação
Irlanda	Legal	Moeda Corrente
Israel	Legal	Commodities
Itália	Legal	Moeda Corrente
Japão	Legal	Moeda Corrente
Jordânia	Não há norma proibitiva	Não há classificação
Quênia	Legal	Não há classificação
Kwait	Legal	Não há classificação

País	Legalidade	Classificação
Líbano	Legal	Não há classificação
Lituânia	Legal	Moeda Corrente
Luxemburgo	Legal	Moeda Corrente
Malásia	Não há norma proibitiva	Não há classificação
Malta	Legal	Moeda Corrente
Mônaco	Legal	Moeda Corrente
Mongólia	Legal	Não há classificação
Nepal	Não há norma proibitiva	Não há classificação
Netherlands	Legal	Commodities
Nova Zelândia	Legal	Não há classificação
Nicarágua	Legal	Não há classificação
Nigéria	Não há norma proibitiva	Moeda Corrente
Noruega	Legal	Commodities
Paquistão	Legal	Não há classificação
Paraguai	Não há norma proibitiva	Não há classificação
Peru	Não há norma proibitiva	Não há classificação
Filipinas	Legal	Moeda Comercial
Polônia	Legal	Propriedade
Portugal	Legal	Não há classificação
Rússia	Não há norma proibitiva	Moeda Corrente
Cingapura	Legal	Moeda Corrente
África do Sul	Legal	Moeda Corrente
Coréia do Sul	Legal	Não há classificação
Espanha	Legal	Moeda Corrente
Suíça	Legal	Commodities
Taiwan	Legal	Não há classificação
Turquia	Legal	Commodities
Reino Unido	Legal	Moeda Corrente
Estados Unidos	Legal	Commodities
Venezuela	Não há norma proibitiva	Commodities

Fonte: Elaboração própria, com base nos dados fornecidos pelo Relatório Bitcoin Legality by country (2017, *on line*).

O reconhecimento do uso das bitcoins tem sido um processo crescente em diversos países, especialmente alavancado pela rapidez e virtualização dos procedimentos. O regime jurídico da bitcoin, todavia, ainda paira no campo da incerteza. Nos Estados Unidos, cada Estado possui autonomia para regulação e estabelecimento de legislação financeira, e cada um aborda o uso de bitcoins de forma diferente. Os Estados da Califórnia e Nova York têm sido particularmente agressivos na busca de organizações relacionadas com as bitcoins; enquanto Carolina do Sul e Montana, não regulam as empresas de transmissão de dinheiro. Na União Europeia, por exemplo, há uma iniciativa de enquadramento da criptomoeda na modalidade *Electronic Money Directive* (2009/110/EC), *Payment Services Directive* (2007/64/EC).

Tais diretivas se baseiam em três critérios gerais para definir dinheiro eletrônico: o armazenamento das moedas digitais de forma eletrônica, a emissão por intermédio de fundos com montante superior ao valor monetário emitido e aceito como forma de pagamento por outras instituições além da emitente. Entretanto, no Brasil, o Banco Central ainda não possui um posicionamento definitivo quanto às negociações com bi-

tcoins, o que demonstra que a instituição ainda não reconhece a relevância dessa tecnologia para o sistema financeiro brasileiro.

Em abril de 2014, a Receita Federal do Brasil, estabeleceu como trataria a detenção e o uso de bitcoins e outras moedas digitais. O Brasil está tratando as moedas digitais como ativos financeiros, com a Receita Federal impondo um imposto de 15% sobre os ganhos de capital no momento da venda, no entanto, existem algumas diferenças importantes que podem ser positivas para os usuários de bitcoins no país. Aqueles que vendem menos moedas com um valor inferior a R\$ 35.000,00, não terão de pagar o imposto. Isso significa que os usuários de bitcoin no Brasil não terão de calcular os impostos sobre ganhos de capital ao fazer pequenas compras. A Receita Federal também exige declarações de contas anuais daqueles que possuem mais de R\$ 1.000,00 em participações em moeda digital²².

Em maio de 2017, A Receita Federal do Brasil incluiu a bitcoin nas instruções da declaração anual do Imposto de Renda de 2017, devendo ser declarado na Ficha Bens e Direitos como “outros bens”, uma vez que pode ser equiparado a um ativo financeiro.

Muitos afirmam uma pontual preocupação com o efeito que a adoção de bitcoins em larga escala pode ter sobre a estabilidade do sistema financeiro, especialmente pela volatilidade dos preços, irreversibilidade das operações e anonimato de seus usuários.

5. O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO AMBIENTE VIRTUAL

Por ser lucrativa, a bitcoin transformou a relação entre vendedores e compradores, forçando o mercado eletrônico a se adaptar a esta nova modalidade. Como a utilização de bitcoins é completamente virtual e sem o controle pelo Banco Central, a descentralização expõe a dificuldade de regulamentação.

As identidades do usuário e do operador (minerador) ficam em sigilo e a transação, uma vez feita, não pode ser cancelada. O valor da bitcoin acompanha regras de mercado: quanto maior a demanda, maior a cotação. “Nos primeiros cinco meses de 2017, o interesse pela bitcoin explodiu. No dia 1º de janeiro, a moeda era negociada a pouco mais de mil dólares. No final de maio, já valia 2,4 mil dólares”²³.

Entretanto, a lucratividade e o livre acesso podem atrair a presença de agentes maliciosos, cujas condutas podem levar à realização de crimes reais, praticados no ambiente virtual. Para legitimar o processo de criminalização de uma determinada conduta, cabe ao legislador observar “os princípios penais, político-criminais e aspectos criminológicos. O legislador deve estar atento ao merecimento (bem jurídico com dignidade penal) e à necessidade da tutela penal”²⁴.

Em um contexto de crescente uso de criptomoedas, em que a criptografia é usada para proteger as transações e controlar a criação de novas moedas, essa nova forma de pagamento é decidida de forma diferente para cada país, que identifica mecanismos para lidar com isso. Além do anonimato, uma das principais características da criptografia é o sigilo quanto à origem da renda, o que constitui um grave problema para países que combatem ameaças como o financiamento do terrorismo e a lavagem de dinheiro.

A lavagem de dinheiro, anteriormente prevista pela Lei nº 9.613/1998, ocorre, geralmente por meio de empresas criadas com o único objetivo de realizar negócios para disfarçar transações controladas pela própria organização criminosa que pretende demonstrar que os valores obtidos possuem fonte lícita, fazendo

22 COINDESK. *Is Bitcoin Legal?* Disponível em: <<https://www.coindesk.com/information/is-bitcoin-legal/>>. Acesso em: 10 out. 2017.

23 AZEVEDO, Rita. Entenda o que é bitcoin. *Revista Exame*, 12 jul. 2017. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mercados>>. Acesso em: 20 set. 2017.

24 AZEVEDO, Marcelo André. *Direito Penal*: parte geral. 2. ed. Salvador: Jus Podivum, 2012. p. 90.

parecer que tais valores foram atingidos por meio de uma atividade honesta.

Paralelamente à criminalização e persecução dos ilícitos, o fluxo financeiro decorrente da atividade criminosa precisa receber equivalente atenção do sistema penal, inclusive como um tipo penal autônomo, instituindo-se uma cultura institucional hábil à execução de políticas organizadas e capazes de aquebrantar a estrutura de um sistema quase invisível²⁵.

De acordo com a disposição legal, quem oculta ou dissimula a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, incide no tipo. Conferir uma aparência legal para recursos obtidos de maneira espúria, por meios virtuais, tornou-se uma atividade possível graças à atuação de usuários maliciosos, que utilizaram a criptografia de dados e sigilo sobre os operadores como ferramenta.

No Brasil, o crime da lavagem de dinheiro foi regulamentado pela Lei nº 12.683 de 2012, que alterou a Lei nº 9.613/1998, dispondo que se sujeitam ao estabelecido pela norma, “as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, intermediem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie”, o que se depreende a modalidade cometida não apenas no ambiente real, mas também no contexto virtual.

O art. 17-B da referida lei dispõe que a autoridade policial e o Ministério Público terão acesso, exclusivamente, “aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito”, o que evidencia a preocupação com a modalidade cometida no ambiente digital e contrapõe uma característica fundamental em relação ao uso das bitcoins: o completo sigilo sobre a identidade dos usuários.

O processo de rastreamento dos fluxos de caixa na modalidade criptografada se torna difícil e mais confusa devido aos seguintes fatores: falta de comunicação entre as pessoas do ambiente real e contas de moeda virtual; existência de obstáculos para rastreamento, como misturadores de criptografia e anonimizadores; possibilidades de criação de um número ilimitado de contas e falta de regulamentação.

Assim, a prática de crimes como a lavagem de dinheiro no ambiente virtual pode ser verificada, por exemplo, pelo grande número de contas bancárias pertencentes a um administrador da moeda virtual ou da empresa que se envolve em uma troca de moedas virtuais que, provavelmente, são utilizados como contas suspensas (denominada “estratificação” - a segunda etapa do branqueamento de capitais).

Os administradores da moeda virtual ou empresas que se dedicam a uma troca de moedas virtuais entre países diferentes podem usar “lavanderias” (um conjunto de serviços que gera um grande número de carteiras e envia moeda entre elas de forma casual) para conferir maior complexidade em suas ações e disfarçar eventuais vestígios. Os sinais de uso de “lavanderias” virtuais são muito semelhantes aos usados em “lavanderias” reais, especialmente porque no ambiente virtual das bitcoins não há regulamentação ou mecanismos de identificação dos usuários independente de criptografia de dados. A moeda digital é descentralizada e sigilosa, o que torna propício o ambiente para a atuação de grupos criminosos²⁶.

Os criminosos usam a natureza da transação virtual para esconder as fontes e manipular o lucro sobre as operações realizadas, o que ocorre porque a maioria das operações com moedas virtuais não possui contatos no ambiente real e porque há meios de ocultar uma eventual fonte ilegal do dinheiro. Uma categoria de casos de uso de moedas virtuais com fins criminosos inclui o cenário que os criminosos recebem controle sobre contas de usuários legais e a oportunidade de realizar as operações.

25 ARAÚJO, Felipe Dantas de. Uma análise da Estratégia Nacional Contra a Corrupção e a Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) por suas diretrizes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 53-81, jan./jun. 2012.

26 SAT, Diana et al. Investigation of money laundering methods through cryptocurrency. *Journal of Theoretical and Applied Information Technology*, v. 83, n. 2, p. 244-254, jan. 2016.

A segunda categoria de casos de uso da natureza da correspondência das contas de novos métodos de pagamento está relacionada com o uso de caracteres anônimos de alguns desses serviços. As moedas virtuais representam oportunidades adicionais para a criação de novos métodos de lavagem de dinheiro, e para que indivíduos continuem a desenvolver formas de utilizar o sistema de forma equivocada, usando moedas virtuais para propósitos ilícitos.

Com o crescimento dos acessos à *internet*, as possibilidades de lavagem de dinheiro mudaram e transformaram significativamente cada uma das etapas tradicionais do delito, uma vez que as redes digitais permitem a manipulação do dinheiro lavado a partir de transações com instituições financeiras e empresas legais.

A lavagem de dinheiro (ou branqueamento de capitais) não é um fenômeno novo. Os fundos ilícitos foram lavados por muitas décadas, forçando organizações internacionais, governos nacionais e setores privados a empreenderem esforços para enfrentar o movimento ilícito de dinheiro e sua transformação em dinheiro legal.

Há três etapas do processo a serem consideradas: depósito de dinheiro no sistema financeiro; distorção da origem do dinheiro por meio de transações lícitas e integração dos valores a setores legais. Diferentes ferramentas já foram desenvolvidas para monitorar e detectar dinheiro suspeito em cada etapa do sistema bancário tradicional, entretanto, no sistema virtual, a criptografia de dados ajuda a esconder as manipulações²⁷.

O crime de lavagem de dinheiro tem sido investigado em todo o território nacional, com o suporte de diversas instituições de *accountability*. Dados estatísticos sobre o crime foram coletados pelo Supremo Tribunal Federal e Conselho Nacional de Justiça (junto com Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça), com o objetivo de apresentá-los ao Grupo de Revisão da Implementação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC).

O Conselho Nacional de Justiça promove coleta periódica de dados estatísticos de processos e procedimentos que tenham por objeto crimes de lavagem de bens, direitos ou valores. A coleta foi divulgada em 2012, com informações de ano base 2010.

Tabela 2 - Dados estatísticos sobre Lavagem de Dinheiro

TRFs	Número de Procedimentos (Ações Penais e Inquéritos)	Número de sentenças com trânsito em julgado
Tribunal Regional Federal da 1ª Região	1.019	85
Tribunal Regional Federal da 2ª Região	327	13
Tribunal Regional Federal da 3ª Região	387	105
Tribunal Regional Federal da 4ª Região	491	26
Tribunais Estaduais	317	01

Fonte: Elaboração própria, com base nos dados fornecidos pelo Relatório Estatístico de processos e procedimentos que tenham por objeto crimes de lavagem de bens, direitos ou valores do Conselho Nacional de Justiça (2017, *on line*).

Pela análise da tabela 2, é possível perceber que o número expressivo de ações penais e inquéritos abertos não é acompanhado pelo número de sentenças com trânsito em julgado sobre o crime de lavagem de dinheiro. No ciberespaço, o dinheiro obtido com tais práticas geralmente propõe um desafio para as autori-

²⁷ TROPINA, Tatiana. Fighting money laundering in the age of online banking, virtual currencies and internet gambling. *ERA Forum*, v. 15, n. 1, p. 69-84, 2014.

dades que atuam no sentido de coibir a conduta, que expõe uma série de desafios e vulnerabilidades únicas decorrentes da ciber-lavagem.

O primeiro desafio é a intrincada estrutura das redes globais de informação e a forma como elas operam. Com o anonimato, a facilidade de uso, a velocidade das transações, a possibilidade de realizar transferências automáticas e operar em diferentes jurisdições sem estar fisicamente presente no local, as redes globais de informação e comunicação abrem novas possibilidades de serem exploradas por criminosos para transportar lavagem de dinheiro, reduzindo os riscos de detecção²⁸.

O Decreto nº 9.150 de 04 de setembro de 2017, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Justiça e Segurança Pública, remanejando cargos em comissão e funções de confiança e substituindo cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo – FCPE; instituiu que a prevenção e repressão do crime de lavagem de dinheiro são de competência do Ministério da Justiça e Segurança Pública, competindo à Secretaria Nacional de Justiça a coordenação, em parceria com os órgãos da administração pública, “a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA e outras ações do Ministério relacionadas e com o enfrentamento da corrupção, da lavagem de dinheiro e do crime organizado transnacional”, conforme disposição do inciso II do art. 11.

O combate à atividade criminosa também se estende às modalidades praticadas em esfera virtual, entretanto, quando os casos envolvem o uso de bitcoins, a persecução torna-se mais complexa em razão do sigilo dos dados dos usuários e das lacunas de controle quanto às operações realizadas por uma instituição financeira centralizadora de informações. Entretanto, é necessário refletir sobre os mecanismos legais de controle da atividade financeira, sob o risco de a permissividade em prol da liberdade financeira estabelecer um novo caminho para a facilitação quanto ao cometimento de atividades ilícitas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Respondendo ao problema de pesquisa e a partir da análise realizada pelo artigo, não é possível associar diretamente o uso de bitcoins como única variável de peso em relação à prática ilícita da lavagem de dinheiro; entretanto, não resta dúvida de que a falta de regulamentação específica para as criptomoedas, associada à descentralização e anonimato das transações, possui relação com a expansão e especialização das modalidades criminosas.

Na medida em que as características típicas do uso dessa modalidade se materializam pela descentralização e ausência de instituições reguladoras que impõem tributação, as operações por meio das bitcoins são anônimas e de difícil identificação dos usuários, o que propicia espaço para todos os tipos de pessoas, inclusive, as que utilizam o ciberespaço para a realização de práticas delitivas.

A capacidade de promover estabilidade monetária associada à vantagem da privacidade financeira a seus usuários, e a não incidência de tributações decorrentes do controle do Banco Central, faz com que o uso de criptomoedas se materialize como uma forte tendência para as operações eletrônicas realizadas via ciberespaço; o que apresenta um desafio para a compreensão em termos políticos (visto que a política determina a cotação), econômicos (na medida em que a oferta monetária é controlada pelo Estado e regulamentada pelas instituições financeiras) e jurídicos (dadas as incertezas quanto ao seu futuro, as moedas digitais representam uma modificação com consequências para a legislação, uma vez que é impossível falar sobre a conduta humana sem abordar possíveis desvios de comportamento que devam ser previstos pela norma jurídica).

28 HOCHSTEIN, Marc. Why Bitcoin Matters for Bankers; Savvy observers are looking beyond Bitcoin as currency and seeing its potential as a new set of payments rails. But that's not even the half of it. *American Banker Magazine*, v. 124, n. 2, p. 18 -29, mar. 2014.

Sob o aspecto jurídico, é imperioso que os profissionais do Direito estejam envolvidos com as tratativas e discussões sobre o tema, uma vez que o futuro das relações comerciais e consumeristas já se apresenta pelo uso de ferramentas nem sempre regulamentadas legalmente e, além disso; com operações realizadas sem o conhecimento de algumas instituições formais. É necessário promover a segurança jurídica e a idoneidade das relações que envolvem transações financeiras e, para isso, a sociedade e a legislação devem se preparar; sob o risco de uma eventual desatualização surtir efeitos nocivos para o sistema financeiro.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Jacqueline de Souza. Passado, presente e futuro da criptografia forte: desenvolvimento tecnológico e regulação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.
- ALBUQUERQUE, Bruno Saboia de; CALLADO, Marcelo de Castro. Understanding Bitcoins: Facts and Questions. *Revista Brasileira de Economia*, v. 69, n. 1, p. 3-16, mar. 2015.
- ARAÚJO, Felipe Dantas de. Uma análise da Estratégia Nacional Contra a Corrupção e a Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) por suas diretrizes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 53-81, jan./jun. 2012.
- AZEVEDO, Marcelo André. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Salvador: Jus Podivum, 2012.
- AZEVEDO, Rita. Entenda o que é bitcoin. *Revista Exame*, 12 jul. 2017. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mercados>>. Acesso em: 20 set. 2017.
- BITCOINS. *Bitcoin Legality by Country Report*. Disponível em: <<https://coin.dance/poli#legalitybycountry>>. Acesso em: 20 out. 2017.
- BITCOINS. *Bitcoin (USD) Price*. Disponível em: <<https://www.coindesk.com/price/>>. Acesso em: 01 nov. 2017.
- BRASIL. *Lei n. 9.613 de 03 de março de 1998*. Lei sobre a lavagem de dinheiro. Brasília: Senado, 1998.
- BRASIL. *Lei n. 12.683 de 09 de julho de 2012*. Lei que torna mais eficiente a persecução dos crimes de lavagem de dinheiro. Brasília: Senado, 2012.
- BRASIL. *Decreto n. 9.150 de 04 de setembro de 2017*. Decreto que articula a implementação da ENCCLA, coordenar, articular, integrar e propor ações entre os órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e o Ministério Público no enfrentamento da corrupção, da lavagem de dinheiro e do crime organizado transnacional. Brasília: Senado, 2017.
- BRITO, Jerry; CASTILLO, Andrea. *Bitcoin: a primer for policymakers*. Arlington: Mercatus Center, 2013.
- BRÜHL, Volker. Bitcoins, Blockchain und Distributed Ledgers. *Wirtschaftsdienst*, v. 97, n. 2, p. 135 -142, feb. 2017.
- CNJ. *Resultado dos Questionários de Lavagem de Dinheiro, Corrupção e Improbidade Administrativa*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/enccla/resultado-dos-questionarios-lavagem-de-dinheiro-corupcao-e-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 18 set. 2017.
- COINDESK. *Is Bitcoin Legal?* Disponível em: <<https://www.coindesk.com/information/is-bitcoin-legal/>>. Acesso em: 10 out. 2017.
- DORAN, Michael. A Forensic Look at Bitcoin Cryptocurrency. *The SANS Institute*, p. 1-34, 2015.
- ETHEREUM. *Design and Issue your own Cryptocurrency*. Disponível em: <<https://ethereum.org/>>. Acesso em: 20 set. 2017.

- HOCHSTEIN, Marc. Why Bitcoin Matters for Bankers; Savvy observers are looking beyond Bitcoin as currency and seeing its potential as a new set of payments rails. But that's not even the half of it. *American Banker Magazine*, v. 124, n. 2, p. 18 -29, mar. 2014.
- MELIK, James. Digital currency: Brave new world or criminal haven? *BBC Business*, 2012. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/business-19785935>>. Acesso em: 22 set. 2017.
- NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. 2008. Disponível em: < <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2017.
- NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.
- RAIBORN, Cecily; SIVITANIDES, Marcos. Accounting Issues Related to Bitcoins. *Journal of Corporate Accounting & Finance*, v. 26, n. 2, p. 25-34, jan. 2015.
- SAT, Diana et al. Investigation of money laundering methods through cryptocurrency. *Journal of Theoretical and Applied Information Technology*, v. 83, n. 2, p. 244-254, jan. 2016.
- SILVA, Rodrigo Moraes Paim. A evolução da moeda e a bitcoin: um estudo da validade da bitcoin como moeda. *Revista da Graduação*, v. 9, n. 2, p. 6-74, ago. 2016.
- STIGLER, George. *The theory of economic regulation*. Chicago: University of Chicago, 1971.
- TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; SILVA, Felipe Rangel da. Bitcoin e a (im) possibilidade de sua proibição: uma violação à soberania do Estado? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.
- TELLO, Diana Carolina Valencia. As instituições e a via da dependência histórica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 35-64, jan./jun. 2011.
- TROPINA, Tatiana. Fighting money laundering in the age of online banking, virtual currencies and internet gambling. *ERA Forum*, v. 15, n. 1, p. 69-84, 2014.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Território das criptomoedas: limites à regulamentação estatal quanto à circulação de moedas no ciberespaço e possíveis alternativas

Territory of crypto-coins: limits to the state regulation on the circulation of coins in cyberspace and possible alternatives

Ranidson Gleyck Amâncio Souza

Território das criptomoedas: limites à regulamentação estatal quanto à circulação de moedas no ciberespaço e possíveis alternativas*

Territory of crypto-coins: limits to the state regulation on the circulation of coins in cyberspace and possible alternatives

Ranidson Gleyck Amâncio Souza**

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade da instituição de normas legais para regulamentar a circulação das criptomoedas no ciberespaço. A metodologia utilizada se baseia na verificação das leis e doutrinas pertinentes à matéria, bem como em literaturas de diferentes ciências, dada a interdisciplinaridade pertinente aos temas relativos à Tecnologia da Informação. A virtualidade do ciberespaço implica uma condição diversa daquela verificada pelo ordenamento legislativo, visto que o Estado pressupõe a existência de um território material dentro do qual exerce sua soberania. O ciberespaço, por sua vez, é desmaterializado, depositário da conjugação das vontades de todas as pessoas — físicas e jurídicas — no mesmo espaço temporal, sendo, juridicamente, impossível a instituição de leis por um Estado sem ofender a soberania de outro, resultando num território descentralizado, propício à circulação das criptomoedas. Ante tal condição, busca-se analisar possíveis alternativas que possibilitem a regulamentação da circulação das moedas virtuais como instrumento viabilizador de negócios jurídicos, apontando para duas possíveis sugestões: a) a criação de leis supranacionais — tratados; b) a autorregulação entre seus usuários, resultando na criação de prática costumeira que servirá de referência para todos aqueles que transacionarem por meio das criptomoedas. Este artigo apresenta uma vertente original sobre o tratamento jurídico das criptomoedas, servindo de referência a todos os operadores do Direito que desejam pesquisar sobre o assunto.

Palavras-chave: Criptomoedas. Ciberespaço. Território. Estado. Legislação.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the possibility of establishing legal terms to regulate the circulation of crypto-coins in cyberspace. The methodology adopted is based on the verification of laws and doctrines related to the subject, as well as on literatures of different sciences, considering the interdisciplinarity pertinent to the subjects related to Information Technology. The virtuality of cyberspace implies a different condition from that

* Recebido em 30/10/2017
Aprovado em 09/12/2017

** Professor Universitário no UNILESTE (Centro Universitário do Leste de Minas), lecionando nas disciplinas: Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional e Direito Civil Mestrando em Gestão Integrada do Território pela Universidade Vale do Rio Doce, dissertação em Direito do Trabalho. Master's in International Law and Business (Suffolk University Law School, 2010). Executive Course em Gestão Empresarial (Bunker Hill Community College, 2009). MBA em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas (2007). Advogado atuante nas causas empresariais e tributárias. Email: ranidson@bol.com.br

verified in the legislative system, because the State presupposes the existence of a material territory within which it exercises its sovereignty. Cyberspace, in turn, is dematerialized, a depository of the conjugation of the wills of all persons – physical and juridical – in the same time space, being legally impossible to impose laws by one State without offending the sovereignty of another, resulting in a decentralized territory, conducive to the circulation of crypto-coins. Faced such condition, it is sought to analyze possible alternatives that make it possible to regulate the circulation of virtual currencies as a viable instrument of legal business, pointing to two possible suggestions: a) the creation of supranational laws - treaties; b) self-regulation among its users, resulting in the creation of customary practice that will serve as a reference for all those who transact through the crypto-coins. This article presents an original aspect on the legal treatment of crypto-coins, serving as a reference to all legal operators wishing to research on the subject.

Keywords: Crypto-coins. Cyberspace. Territory. State. Legislation.

1. INTRODUÇÃO

A tecnologia da informação produz novas fontes de riquezas e cria novas formas de relações entre as pessoas, deixando-as ávidas pelas possibilidades de criar novas oportunidades de ganhar dinheiro, motivo pelo qual as *startups*¹ fazem tanto sucesso. O avanço tecnológico produz informações e modificam a cultura. O ciberespaço produz comportamentos que o Direito não consegue acompanhar, evidenciando o descompasso entre o Estado e o mundo virtual.

Nesse cenário disruptivo surgem as criptomoedas. Uma espécie de dinheiro virtual utilizado na intermediação de compra e venda de produtos e serviços no ciberespaço, bem como no mundo material. Não são emitidas por um banco central ou por um governo; são descentralizadas, podendo, num futuro próximo, substituir o dinheiro físico.

Tal condição representa um avanço global na sistemática da circulação de dinheiro, proporcionando transações de valores mais rápidas, baratas e seguras quando comparadas com as transferências tradicionais, pois não existem intermediários; a transação se efetiva, diretamente, entre o emitente e o destinatário. A globalização econômica e o livre acesso a tecnologias evidenciam uma liberdade econômica, permitindo que qualquer pessoa possa realizar transferências de criptomoedas, de forma instantânea, barata e sem riscos.

Atualmente, existem vários tipos de criptomoedas em circulação na internet, por exemplo Litecoin, Mastercoin, Ethereum e, a mais famosa, o Bitcoin. A título de informação, neste exato momento em que este artigo está sendo escrito, virou notícia o fato de que, no dia 07 de dezembro de 2017, o valor de um Bitcoin ultrapassou a barreira de US\$ 15.000,00, representando um aumento de 50% em uma semana, de acordo com a agência Bloomberg².

Diferentemente das moedas físicas, as criptomoedas não são controladas por um banco central ou se aplicam leis sobre sua circulação, seu valor de troca é definido pela pura relação entre oferta e procura.

Se, por um lado, a descentralização das criptomoedas aponta para um barateamento das transações financeiras, por outro, proporciona sua total volatilidade. A ausência absoluta de controle da economia pode resultar no surgimento de monopólios em todos os segmentos do mercado, gerando a concentração de riquezas e o caos social — pobreza generalizada.

1 Basicamente, uma *startup* é um conceito de uma empresa estruturada sobre um de negócios repetível e escalável, trabalhando em condições de extrema incerteza, com baixo custo operacional e, principalmente, operacionalizado por meio da internet.

2 SAKUTIN, Stephane de. Bitcoin supera US\$ 15 mil pela primeira vez. *Revista Exame on line*, 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mercados/bitcoin-supera-os-us-15-mil-pela-primeira-vez/>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

Nesse mesmo sentido, Paesani³ assevera que essa nova realidade, com o advento da globalização, produz novos poderes que destoam do tradicional controle político e jurídico, sendo difícil de se ter certeza quanto ao futuro da democracia e se a história humana se encaminha para o aumento da desigualdade e marginalização ou para uma democracia internacional baseada na garantia dos direitos do homem em relação aos Estados.

A consequência do afastamento estatal (falta de controle) poderia resultar numa completa polarização da riqueza, agravando, ainda mais, os problemas sociais atribuídos ao capitalismo. Lado outro, seria o Estado capaz de estabelecer leis aptas a balizar a utilização das criptomoedas no ciberespaço? A descentralização das criptomoedas despertam preocupações para os Estados, preocupados com a circulação de moedas sem controle e, para os bancos, que podem estar com seus dias contados.

Essa percepção já foi levantada por Nascimento e Macedo⁴, que entendem que é evidente que a sociedade informacional compartilha suas vidas no ciberespaço; do café da manhã às intimidades pessoais, diferentemente de outras épocas quando todo o conhecimento era, de certa forma, centralizado, produzindo reais “donos da verdade”, pois detinham o poder da informação.

De outro lado, o ciberespaço permite que todos ajam da forma que desejarem, condição perfeita ao surgimento de uma nova maneira como a sociedade relaciona, trabalha e vive, criando uma teórica pulverização do poder entre seus usuários.

Sobre essas considerações, o presente artigo levantará a discussão sobre o tratamento jurídico das criptomoedas, realizando uma análise sobre a possibilidade de implementação de normas a regulamentar transações com moeda virtual, numa realidade (virtual) em que não é possível a aplicação de leis estatais.

2. CONCEITO DE CRIPTOMEDAS

Antes de adentrar no conceito de criptomoedas, cumpre, primeiramente, buscar aquilo que se entende por moeda.

A definição de moeda confunde-se, pois, com sua principal função: moeda é um instrumento de troca. Para que ela, porém, sirva como tal, deve não apenas conservar a sim própria fisicamente, como também deve conservar em si o valor, quer dizer, incorporar, permanentemente o valor original pelo qual foi aceita. Quando tal não se dá, ela sofre uma disfunção, uma espécie de doença monetária, como a inflação.⁵

Por certo, o mencionado conceito acima trata acerca de uma moeda física, ou seja, as cédulas impressas em papel-moeda e as propriamente cunhadas. Ao se fazer alusão à “própria conservação física”, as moedas virtuais não estão suscetíveis a tais condições em função de sua desmaterialização. Ainda, não podem ser objeto de pilhagem, falsificação ou desvio. De outro lado, as criptomoedas podem sofrer depreciação, perdendo seu valor de troca, conforme variar a relação de sua oferta e procura, mas não por meio de políticas monetárias adotadas pelo Estado.

Por sua vez, os Estados e os bancos, para contornarem os inconvenientes de falsificação e pilhagem, criaram recursos eletrônicos que permitem a transferência de virtual de valores, sem que houvesse a entrega de dinheiro em espécie.

3 PAESANI, Lílana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 29.

4 NASCIMENTO, Marcelo Tadeu; MACEDO, Caio Sperandeo de. O direito na sociedade da informação: a proteção aos direitos autorais e direitos conexos frente às novas tecnologias. *Universitas Jus*, v. 27, n. 2, 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/4230/3256>>. Acesso em: 4 dez. 2017.

5 NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 49.

O papel-moeda ensejou mais um ciclo infundável de fraudes e falsificações ao qual, mais recentemente, os progressos da eletrônica e da informática vem respondendo com inúmeros recursos, entre eles os cheques ou cartões magnetizados, os cartões de crédito, de compras, informatizados ou pura e simplesmente as transferências eletrônicas de fundos.⁶

A telemática proporcionou a realização de transações de valores cujo montante seria impraticável se fosse realizado por meio de dinheiro físico.

A própria realidade das coisas não é somente a material, mas se desmaterializa para se transformar em virtual. A desmaterialização não se limitou em produzir seus efeitos na linguagem, mas incide frontalmente em fundamentos e teorias jurídicas e cita-se, como exemplo, a transferência eletrônica de fundos (Electronic Fund Transfer, EFT), que se destina a desmaterializar o título de crédito do papel.⁷

A transferência virtual de dinheiro levou o Banco Central do Brasil a instituir a circular 3.115, de 18 de abril de 2002⁸, que normatizou a possibilidade de transferência de quantias entre contas bancárias por meio dos sistemas telemáticos, viabilizando a circulação de moedas desmaterializadas.

Porém, a telemática permite a realização de transferências entre bancos, apenas, por sistemas dedicados, condicionados, especificamente, para tal propósito, condicionando tais instituições como as únicas possíveis de intermediar tais operações.

Com o advento da internet, um novo caminho para transações financeiras foi revelado. Os avanços da tecnologia da informação permitiram que as pessoas pudessem realizar várias transações virtuais; e o surgimento de uma moeda própria para tais transações era uma questão de tempo. Assim, nasceram as criptomoedas: uma moeda disruptiva, descentralizada, utilizada para intermediar negócios jurídicos, sem que passasse pelo controle dos Estados ou de bancos.

O conceito de criptomoeda guarda vertentes em diversas ciências, porém, neste artigo é apresentado seu viés jurídico:

Para os juristas, o bitcoin (que também é uma criptomoeda), é uma unidade monetária, são mais bem considerados um bem incorpóreo que, em certos mercados, têm sido aceitos em troca de bens e serviços. Poderíamos dizer que essas transações constituem uma permuta, e jamais venda com pagamento em dinheiro, pois a moeda, em cada jurisdição, é definida por força de lei, sendo uma prerrogativa de exclusividade do Estado⁹.

As criptomoedas são virtuais e surgem de forma não discricionária e altamente rígida. Por utilizarem códigos abertos¹⁰, sua falsificação é praticamente impossível, bem como estabelecer qualquer tipo de controle por um órgão externo; é transacionada livremente, sem a intervenção de um terceiro fiduciário.

O Bitcoin é um projeto sem fins lucrativos de base que busca criar uma nova moeda fora de pouco mais do que criptografia, redes e software de fonte aberta, e a Andresen é a coisa mais próxima que o projeto tem para um diretor. Bitcoin não é, ele explica, apenas uma nova maneira de passar digitalmente dólares, libras e ienes. O Bitcoin é diferente: substitui totalmente as moedas suportadas pelo estado por uma versão digital mais difícil de forjar, atravessa fronteiras internacionais, pode ser armazenada em seu disco

6 NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 52.

7 PAESANI, Lílana Minardi. *Direito de Informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 9.

8 BRASIL. *Circular 3.115, de 18 de abril de 2002, do Banco Central do Brasil, instituindo a TEA (Transferência Eletrônica Agendada) e a TED (Transferência Eletrônica Disponível)*. 2002. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2002/pdf/circ_3115_v6_1.pdf>. Acesso em: 17 out. 2017.

9 ULRICH, Fernando. *Dez formas de explicar o que é Bitcoin*. 2014. Disponível em: <<http://www.infomoney.com.br/blogs/cambio/moeda-na-era-digital/post/3160782/dez-formas-explicar-que-bitcoin>>. Acesso em: 13 set. 2017.

10 Código aberto, ou *open source* em inglês, é um modelo de desenvolvimento que promove um licenciamento livre para o design ou esquematização de um produto, e a redistribuição universal desse design ou esquema, dando a possibilidade para que qualquer um consulte, examine ou modifique o produto. WIKIPEDIA. *Código aberto*. 2017. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_aberto>. Acesso em: 16 out. 2017.

rígido em vez de em um banco, e talvez seja mais importante para muitos usuários de Bitcoins. ‘sujeito ao capricho inflacionário de qualquer chefe da Reserva Federal que decida imprimir mais dinheiro’¹¹.

As criptomoedas são emitidas de forma descentralizada, não seguindo as regras de uma política monetária específica, possibilitando a cada pessoa criar uma criptomoeda como moeda de troca para comercialização de seus produtos e serviços.

“Uma moeda digital é como uma moeda real, mas não é emitida por bancos centrais, tampouco é apoiada financeiramente na moeda nacional, como o dinheiro digital. Portanto, a emissão é descentralizada e não decidida por aspectos políticos, mas técnicos”¹².

Os bancos são instituições que seguem uma rígida legislação e podem sofrer intervenção do Estado¹³, observam grande rigor burocrático para existirem e movimentam considerável parte da economia mundial. Esse aspecto sistematizado, rígido e controlado(r) é incompatível com as criptomoedas. Sua descentralização nasce como um diferencial que atrai a todos que buscam alternativas a realizar transações financeiras mais seguras, baratas e rápidas, que só é possível pela via libertária do ciberespaço.

Há vários outros exemplos parecidos com o da internet, nos quais o governo não intervém ou não é capaz de intervir — e ainda assim (ou justamente por causa disso) as coisas funcionam muito bem. O sucesso da internet, e o claro papel desempenhado pelo público consumidor, que fez com que a internet se desenvolvesse de acordo com seus anseios, demonstra a capacidade da sociedade em conseguir o que quer de um livre mercado.¹⁴

Pérsio Arida acrescenta:

O setor financeiro também é regulado sob a hipótese implícita de uma falha de mercado. No caso, a falha de mercado seria devida ao fato de que os regimes de *free banking*, nos quais não há regulação específica para o setor financeiro, aumentariam os riscos da crise bancária. Os intermediários financeiros deveriam, portanto, atuar sob regime de concessão e supervisão do Banco Central. O desafio consiste em reduzir ao mínimo a probabilidade de uma crise sem inibir o processo concorrencial. Garantir irrestritamente e sem custo os depósitos bancários, por exemplo, é uma norma equivocada — reduz a zero o risco da crise bancária à custa de socializar prejuízos.¹⁵

Sumarizando, as criptomoedas são moedas virtuais, descentralizadas, criptografadas e seguras, utilizadas para intermediar a realização de negócios jurídicos no ciberespaço, agindo de forma substitutiva à moeda física e afastando a necessidade de intermediários fiduciários, que oneram as transações e o risco de falsificação, fraudes e depreciação da moeda.

11 GREENBERG, Andy. *Cryptocurrency*. 2011. Disponível em: <<https://www.forbes.com/forbes/2011/0509/technology-psilocybin-bitcoins-gavin-andresen-crypto-currency.html>>. Acesso em: 3 set. 2017. Tradução livre de: “*Bitcoin is a grassroots nonprofit project that seeks to fashion a new currency out of little more than cryptography, networking and open-source software, and Andresen is the closest thing the project has to a director. Bitcoin is not, he explains, just a new way to digitally spend dollars, pounds and yen. That’s been tried before. Remember Beenz and Flooz? Bitcoin is different: It wholly replaces state-backed currencies with a digital version that’s tougher to forge, cuts across international boundaries, can be stored on your hard drive instead of in a bank, and—perhaps most importantly to many of Bitcoin’s users—isn’t subject to the inflationary whim of whatever Federal Reserve chief decides to print more Money.*”

12 ANDRADE, Mariana Dionísio de. Tratamento jurídico das criptomoedas: a dinâmica dos bitcoins e o crime de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

13 CUNHA Jr., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009. p. 1133. “O sistema financeiro nacional consiste num conjunto de normas que disciplinam as instituições financeiras (públicas e privadas), compreendendo os estabelecimentos de seguro, previdência (privada) e capitalização, e as atividades por elas desenvolvidos”.

14 DOCHERTY, Gerard. *Como a internet nos ensina os benefícios do livre mercado*. 2014. Disponível em: <<https://www.epochtimes.com.br/como-internet-ensina-beneficios-livre-mercado/#.WfPSWHZxzIU>>. Acesso em: 26 out. 2017.

15 ARIDA, Pérsio. *A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma*. 2005. p. 15. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35258/34055>>. Acesso em: 19 out. 2017.

3. CIBERESPAÇO E LEGISLAÇÃO

As criptomoedas surgem como um novo marco nas relações comerciais, por apresentarem uma alternativa à utilização do dinheiro (chancelado pelos Estados) na transação de produtos e serviços tanto na internet quanto no mundo físico, concorrendo com cartões de crédito e transferências interbancárias.

Porém, a falta de intervenção do Estado nas relações econômicas pode resultar numa insegurança para as finanças em escala mundial.

Vejam os: “onde não há leis, não há controle”. Tal frase pode ser uma afirmação ou uma indagação. A história revela que a mão invisível do mercado precisa do Estado para estabelecer o controle, intervindo quando for necessário. De outro lado, a descentralização impede que haja concentração de poder, o que, na maioria dos casos, tendeu a uma tirania e os menos favorecidos padeceram nessa condição perpetuamente. No ciberespaço, atrelado ao seu amplo acesso¹⁶, permite maior autonomia aos usuários.

A utilização das criptomoedas trazem reflexões acerca da soberania estatal, a isonomia legislativa e estabilidade econômica. “O progresso tecnológico da informação pode gerar efeitos positivos ou negativos: pode liberar o homem ou torná-lo escravo, pode enriquecê-lo ou aniquilá-lo”.¹⁷

Pierre Lévy conjecturou acerca da unificação monetária:

Logo mais, não haverá mais que três moedas conversíveis percorrendo o planeta: o Euro, o Dólar e o Yen. A fase seguinte será inevitavelmente a instauração de uma única moeda mundial. Paralelamente, os Estados nacionais desaparecerão ou deverão se contentar com um poder simbólico.¹⁸

Partindo da premissa da importância da existência de leis que pautem a utilização das criptomoedas, faz-se necessário observar a possibilidade da criação de leis para regulamentá-las.

3.1. O viés constitucional

Conforme já salientado, o ciberespaço concebe todas as manifestações de vontade de seus usuários, criando um volume de informação tão grande que seria, praticamente, impossível estabelecer qualquer forma de controle.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 220, prevê a impossibilidade de vedação da circulação de informação: “a manifestação do pensamento, da criação e expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”; o que também é um direito fundamental reafirmado no artigo 5º, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, independente de censura ou licença”.

Por sua vez, as criptomoedas são utilizadas para transações feitas por meio do ciberespaço. Porém, tais moedas também vêm sendo utilizadas para intermediar a transação de produtos e serviços no mundo físico, suscitando a seguinte dúvida: a utilização das criptomoedas para tais transações seria contrária aos ditames constitucionais?

16 VALENTE, Jonas. Relatório aponta Brasil como quarto país em número de usuários de internet. Um relatório sobre economia digital divulgado hoje (03/10/2017) pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD, na sigla em inglês) colocou o Brasil em quarto lugar no ranking mundial de usuários de internet. Com 120 milhões de pessoas conectadas, o Brasil fica atrás apenas dos Estados Unidos (242 milhões), Índia (333 milhões) e China (705 milhões). Depois do Brasil, aparecem Japão (118 milhões), Rússia (104 milhões), Nigéria (87 milhões), Alemanha (72 milhões), México (72 milhões) e Reino Unido (59 milhões).

17 PAESANI, Liliã Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 17.

18 LÉVY, Pierre. *A conexão planetária: o mercado, o ciberespaço, a consciência*. Tradução de Maria Lúcia Homem e Ronaldo Entler. São Paulo: Ed. 34, 2001. p. 56.

A Carta Magna estabelece que a União tem a competência exclusiva de emissão de moeda, conforme preconizado no artigo 21, VII, cabendo ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre moeda e seus limites de emissão, conforme seu artigo 48, inciso XIV.

Cumpra esclarecer que os ditames constitucionais conferem à União a competência exclusiva para emissão de moedas no mundo físico (território material), imprimindo dinheiro em papel-moeda ou cunhando moedas para intermediar os negócios jurídicos dentro do território nacional.

No ciberespaço, a moeda é virtual, mesmo não existindo fisicamente, manifesta-se como uma informação dotada de valor e aceita como instrumento de troca entre os usuários do ciberespaço (território virtual).

Assim, considerando a licitude das transações realizadas dentro (sites e empresas virtuais) e fora do ciberespaço (*e-commerce*), sendo aceita como forma de pagamento e recebimento pelos negócios jurídicos realizados, atrelado ao fato de o Estado reconhecer a ampla circulação da informação e da comunicação, conclui-se pela constitucionalidade da circulação das moedas virtuais entre os usuários do ciberespaço.

No ciberespaço, o poder é pulverizado entre todos os usuários e é medido por uma outra moeda, de difícil tangibilidade, chamada conhecimento. A livre iniciativa que depreende do caput do artigo 170 da Carta Magna permite que os indivíduos exerçam diferentes formas de trabalho e, por conseguinte, utilizem diferentes formas de remunerá-lo.

A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia e da comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. [...] Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual¹⁹.

Pelo aduzido, ante à inexistência de ofensa ao ordenamento vigente, cumpre discorrer sobre a possibilidade de se manter o controle mediante criação de leis. Para tanto, pressupõe-se a análise de duas vertentes: o território físico e o território virtual.

3.2. Território físico – os Estados

Em consonância com a ordem pública nacional, o Estado detém o poder de criar normas que irão balizar as relações seu povo. Sobre essa premissa, estruturou-se todo o estudo sobre as ciências jurídicas. Assim, a perspectiva acerca da criação de normas prescinde a existência de território material.

Pelo viés materialista, o geógrafo Milton Santos assevera que o “espaço geográfico é constituído por conjunto de objetos indissociável de um sistema de ações”²⁰. Por sua perspectiva, sistemas de objetos e sistemas de ações são sistemas normativos, ou seja, leis que o próprio Estado cria para seus cidadãos, o que remonta à formação histórica do território do Estado soberano desde o século XIX.

Aprofundando no conceito de Santos, os sistemas de objetos são sistemas técnicos e sistemas de ações são sistemas normativos, ou seja, a intencionalidade, a ação que se busca efetivar na realidade com fins de produzir resultados esperados (finalidade).

É cediço que a função de todo sistema jurídico é regular o uso do território e, ao fazer isso, produz o território normado.

O *universal* é o Mundo como Norma, uma situação não-espacial, mas que cria e recria espaços locais; o *particular* é dado pelo país, isto é, o território *normado*; e o *individual* é o lugar, o território *como* norma. A si-

19 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Malheiro Editores, 2007. p. 571.

20 SANTOS, Milton. *A Natureza do Espaço: Técnica e Tempo, Razão e Emoção*. 4. ed., 2. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006. p. 12. (Coleção Milton Santos, 1).

tuação intermediária entre o Mundo e o país é dada pelas regiões supranacionais, e a situação intermediária entre o país e o lugar são as regiões infranacionais, subespaços legais ou históricos. Em todos os casos há combinações diferentes de normas e formas. No caso do Mundo, a forma é sobretudo norma, no caso do Lugar a norma é sobretudo forma.²¹

Porém, neste início de século XXI, as relações são diferentes. O Estado concebido e consolidado no pensamento geopolítico vai definindo perante a globalização. Não que se esteja conjecturando o fim do Estado, mas os relacionamentos interpessoais, as formas de trabalho, a economia mundial (glocal²²) proporcionam uma reconfiguração nas concepções normativas de controle.

O surgimento de novas tecnologias desabrocha perspectivas que desafiam o controle estatal do território.

Restam poucas dúvidas, entre os juristas, de que há uma partição, ainda que não definida, entre poderes e distintos produtores de normas jurídicas dentro de uma formação territorial. Organizações sociais bem estruturadas, com ação local, regional, nacional e supranacional, de um lado, e corporações transnacionais, de outro, são exemplos claros de uma nova tipologia de agentes hegemônicos. Isto coloca um problema sério para os geógrafos: nossa ciência muitas vezes tem como premissa um Estado detentor de toda a regulação social.²³

De outra sorte, o ciberespaço concatena, ao mesmo tempo, todos os Estados, as empresas e as pessoas, físicas e jurídicas, apontando para a impossibilidade de implementação de uma lei, proveniente de um único Estado, estabelecer as normas de conduta daqueles que o acessam.

O ciberespaço concebe a desmaterialização de tudo. Suas “manifestações” fogem à percepção do Direito. Nesse sentido, a princípio, as criptomoedas não poderiam sofrer limitações ou controle do Estado.

Diante das gigantescas mutações introduzidas pela globalização e pelo nascimento de novos poderes, que escapam do tradicional controle político e jurídico, e perante a possibilidade de uma revolução permanente, como parece o progresso telemático em ação, é difícil ter certeza quanto ao futuro da democracia e se a história humana se encaminha para o aumento da desigualdade e marginalização, ou, então, para uma democracia internacional, baseada na garantia dos direitos do homem em relação aos Estados e aos velhos e novos poderes.²⁴

Por sua vez, o Estado (União) sancionou a Lei 12.965/2014 — o Marco Civil da Internet (MCI) —, que, dentre outras coisas, disciplina o uso da internet no Brasil, tendo como fundamentos o respeito à liberdade de expressão, os direitos humanos e a livre iniciativa, conforme depreende de seu artigo 2º, caput e incisos II e V.

O caput de seu artigo 3º prescreve os princípios que disciplinam o uso da internet no Brasil. Veja que a própria lei faz alusão ao território material, buscando disciplinar a conduta de quem a utiliza e não leis sobre a internet em si, evidenciando os limites do Estado para legislar no ciberespaço.

Vale o raciocínio: parece que o texto do MCI cria um *loop*²⁵. O artigo 220, I, da Constituição Federal de

21 SANTOS, Milton. *A Natureza do Espaço*. Técnica e Tempo, Razão e Emoção. 4. ed., 2. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006. p. 230. (Coleção Milton Santos, 1).

22 ROCHA, J. M. *O local e o global*: conceitos e tendências do Ciberjornalismo regional de dourados. 2014. p. 157. Disponível em: <<http://www.unigran.br/mercado/paginas/arquivos/edicoes/8/12.pdf>>. Acesso em: 7 dez. 2017. Conceito de glocal: “A lógica da relação local-global acabou resultando no “glocal”, uma espécie de interação, de intercomunicação entre o próximo e o distante pelas relações dos fluxos comunicacionais, através das redes, onde o global e local, se juntam e se separam propiciando novos significados para as identidades locais”.

23 ANTAS Jr., Ricardo Mendes. *Território e regulação*: espaço geográfico, fonte material e não-formal do direito. São Paulo: Associação Editorial Humanistas – Fapesp, 2005. p. 65. Disponível em: <<http://ricardoantasjr.org/wp-content/uploads/2012/03/livro.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2017.

24 PAESANI, Liliã Minardi. *Direito e Internet*: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2000. p. 29.

25 *Loop*: palavra usada por especialistas em informática para explicar uma confusão criada no programa, fazendo com que ele fique “andando” em círculos e sempre voltando ao ponto de origem.

1988 utiliza a expressão “nenhuma lei”, indicando ser uma norma de eficácia limitada²⁶, ou seja, depende de uma lei infraconstitucional para que o princípio produza efeitos. O artigo 3º, I, do MCI, que é uma lei infraconstitucional, prevê que a garantia da liberdade de comunicação se dará “nos termos da Constituição Federal”. É a Constituição que remete à lei, que remete à Constituição...

Não obstante a tais divagações, o que se verifica é que o Estado soberano está constituído em seu território físico, internacionalmente reconhecido, com limites territoriais tangíveis e sua soberania respeitada, apresentando leis e manifestações culturais que o definem. O romper da aurora tecnológica traz consigo um desafio para o Estado: estabelecer regras de conduta para as manifestações no território virtual.

3.3. Território virtual – o ciberespaço

Para Liliana Paesani, internet “é um meio de comunicação que interliga dezenas de milhões de computadores no mundo inteiro e permite o acesso a uma quantidade de informações praticamente inesgotáveis, anulando toda distância de lugar e tempo”²⁷. Pierre Lévy entende que “ciberespaço é o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores”²⁸.

Por nossa percepção, o ciberespaço é constituído pela conjugação de todos os instrumentos de acesso à internet, criando um universo em que os usuários podem agir em igualdade de condições. Uma infinidade virtual em que individualidades culturais, leis, tempo ou espaço não prevalecem.

À similaridade daquilo que Maria Laura Silveira entende acerca do espaço geográfico, o ciberespaço também concebe a conjugação de múltiplas culturas, criando uma densidade normativa tão espessa que se torna, praticamente, impossível instituir-lhe qualquer lei.²⁹

A totalidade atual busca revogar a pluralidade de marcos regulatórios para afirmar uma única regulação. O resultado desse ato de império nos lugares será a *densidade normativa*. Naquelas áreas onde a lei do mercado e as normas globais agem mais profundamente, arrostando a exígua resistência das normas locais, identificaríamos uma maior densidade normativa e, portanto, uma construção mais agressiva e aperfeiçoada da ordem global³⁰.

Verifica-se, assim, que as criptomoedas somente podem existir num ambiente em que o Estado não possui o monopólio normativo, pois seu caráter disruptivo e descentralizado contraria o preceito legal de exclusividade da União para emissão de moedas.

Para Chaves, o conceito de internet é feito de forma didática, analogamente ao mundo físico e de forma comparativa:

A melhor imagem para descrevê-la [internet] é a de uma infovia, uma estrada digital por onde trafegam riquezas devidamente transformadas em bits. Transformar átomos em bits significa digitalizar, reescrever a informação contida na voz, na cor, nas luzes, nas letras, nos filmes e nas formas, colocando tudo isso para viajar de uma tela para outra. O membro da Internet é o radioamador dos anos 1990, falando com

26 “São aquelas normas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada (ou diante da introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5º, § 3º), não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional. São, portanto, de aplicabilidade mediata ou reduzida, ou, segundo alguns autores, aplicabilidade diferida.” Extraído da obra: LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 202.

27 PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 25.

28 LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999. p. 92.

29 Aqui, cumpre trazer um conceito amplo de lei, observando seu sentido jurídico, sendo a lei “uma norma jurídica ditada por um ente público dotado de competência legislativa, criando uma norma de conduta de cumprimento obrigatório por todos as pessoas, jurídicas ou naturais, públicas ou privadas, que se encontram dentro dos limites do território de determinado Estado”.

30 SILVEIRA, Maria Laura. Concretude territorial, regulação e densidade normativa. *Revista Experimental*, São Paulo: Laboplan – Departamento de Geografia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, n. 2, p. 35-45, mar. 1997.

o mundo todo de um escritório no fundo de casa, só que seu instrumento de comunicação está para o radiotransmissor assim como o Boeing está para a carroça [...] Os bits são a maior riqueza deste fim de século ou a sua mais completa tradução. As possibilidades de se exibir são infinitas. De repente, qualquer um pode ser um bestseller mundial. Uma página de texto colocada por qualquer membro da Internet pode ser lida por milhões de pessoas.³¹

O ciberespaço é constituído pela inter-relação de várias pessoas que, por meio de um dispositivo eletrônico, interagem com outras em qualquer parte do mundo, resultando num produto inacabado, pois a todo momento novas interações e novos conceitos estão sendo criados. O espaço virtual não é dado de forma definitiva, pois concatena múltiplas formas, o diverso, em que uma coisa existe não necessariamente em detrimento de outra, elas coexistem.

Na concepção de espaço de Doreen Massey, verifica-se que tal conceito aplica-se, perfeitamente, ao ciberespaço, pois ela o considera como “aberto, múltiplo e relacional, não acabado sempre em devir, é um pré-requisito para que a história seja aberta e, assim, um pré-requisito, também, para a possibilidade da política”³²

A acepção política apresentada no conceito acima está atrelada à conjugação desse múltiplo, das diferenças:

Para ela [Massey], reconhecer a heterogeneidade e a multiplicidade à sério, só é possível pela consideração da espacialidade, que é a esfera que permite a contemporaneidade radical da diversidade e as suas relações. Trata-se de reconhecer a coexistência de outros, com trajetórias históricas próprias; trajetórias que se cruzam, se conectam e se desconectam, formando assim o espaço a partir dessas relações.³³

O atlas geopolítico internacional é amparado sobre o viés espacial, que reconhece os limites dos territórios, que se confrontam, soberanos no campo interno e autônomos no campo externo³⁴, levando à conclusão de que a possibilidade legislativa pressupõe a existência do espaço material. Lado outro, a virtualidade do ciberespaço concebe todos os Estados ao mesmo tempo e a conjugação simultânea das múltiplas autonomias, sendo impossível o reconhecimento da prevalência de um único ente legislador: *par in parem no habet imperium*³⁵.

A percepção pós-moderna do território, o ciberespaço, revela um espaço atemporal, em que as percepções de passado e de futuro são secundárias, o que importa é o presente, por ser nele onde tudo se realiza.

Na pós-modernidade, a globalização, o espaço de fluxos, a ampliação da conexão entre os lugares (que seria a vitória do espaço sobre o tempo, ou do tempo pelo espaço, dependendo do autor que se considere), apagou as diferenças históricas, colocando todos no mesmo presente.³⁶

Corroborando essa perspectiva, Massey assevera que, no ciberespaço, não é possível determinar o proceder social, a conduta do agente, fazer previsões acertadas, estabelecer critérios, pois não existe uma única ordem, mas a conjugação de todas:

O espaço é mais do que a distância. É a esfera de configurações de resultados imprevisíveis, dentro de multiplicidades. Isto considerado, a questão realmente séria que é levantada pela aceleração, pela

31 CHAVES, Antonio. *Direitos autorais na computação de dados*. São Paulo: LTR, 1996. p. 240.

32 MASSEY, Doreen. *Pelo espaço: uma nova política da espacialidade*. Tradução de Hilda Pareto Maciel e Rogério Haesbaert. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008. p. 95.

33 MASSEY, Doreen. *Pelo espaço: uma nova política da espacialidade*. Resenha de: Nécio Turra Neto. *Revista de Formação*, v. 1, n. 15, p. 162–166, 2008 Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rcct=j&q=&esrc=s&source=web&ccd=10&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi3qLi80_rWAhWGijAKHZLnDNUQFghdMAk&url=http%3A%2F%2Frevista.fct.unesp.br%2Findex.php%2Fformacao%2Farticle%2Fdownload%2F744%2F761&usq=AOvVaw1P-MpcL16U4aR_w0gSsLsW>. Acesso em: 18 out. 2017.

34 ARAÚJO, Luiz Ivani Amorim. *Curso de Direito Internacional Público*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 109.

35 Brocardo latino que significa: “o igual não prevalece sobre o igual”.

36 MASSEY, Doreen. *Pelo espaço: uma nova política da espacialidade*. Resenha de: Nécio Turra Neto. *Revista de Formação*, v. 1, n. 15, p. 162–166, 2008 Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rcct=j&q=&esrc=s&source=web&ccd=10&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi3qLi80_rWAhWGijAKHZLnDNUQFghdMAk&url=http%3A%2F%2Frevista.fct.unesp.br%2Findex.php%2Fformacao%2Farticle%2Fdownload%2F744%2F761&usq=AOvVaw1P-MpcL16U4aR_w0gSsLsW>. Acesso em: 18 out. 2017.

“revolução nas comunicações” e pelo ciberespaço não é se o espaço será aniquilado ou não, mas que tipos de multiplicidades (padrões de unicidade [*uniqueness*]) e relações serão co-construídas com esses novos tipos de configurações espaciais³⁷.

Por sua vez, o entendimento de Pierre Lévy demonstra que, no ciberespaço, a liberdade não pode ser restringida por uma ordem específica, pois o que se tem é a sociabilidade dos usuários, a vontade de se relacionarem, nos mesmos moldes que se verificam no mundo físico.

É absurdo opor a sociabilidade e as trocas intelectuais livres e gratuitas às atividades comerciais no ciberespaço, tanto quanto seria opô-las na cidade. As cidades são, necessariamente, *ao mesmo tempo e no mesmo lugar*: mercados, centros de troca de informações e desenvolvimento da cultura, espaços de sociabilidade. Ocorre o mesmo no ciberespaço³⁸.

A multiplicidade em todos os sentidos do ciberespaço aponta para o enfraquecimento do Estado como único detentor do poder legiferante. As leis, se é possível usar tal expressão, será resultado do pluralismo normativo. A consequência é a afirmação da liberdade e da autonomia, que desembocará, naturalmente, numa espécie de unificação da práxis que conjugará todas as culturas.

É fundamental, portanto, dentro dos processos de globalização econômica, discutir o papel do chamado ciberespaço no enfraquecimento do domínio ou da “soberania territorial” dos Estados e, conseqüentemente, de suas fronteiras. O ciberespaço é central tanto na compreensão da fluidez financeira e da fragilização das fronteiras quanto da aceleração dos processos de “hibridização” cultural³⁹.

O ciberespaço não é uma instituição estatal, nasce da manifestação de todos que o acessam. Sua grandiosidade está exatamente no fato de não ser impositivo. É a colaboração da vontade dos usuários da rede que criam, transformam e encerram novas formas de relacionamento.

Colocando-se decididamente na tradição contratualista, a pergunta se desloca para saber qual é a constituição ideal. Dissolve-se a figura do legislador abstrato de quem emanam normas corretivas ou distorcivas, e surge em seu lugar uma pluralidade de legisladores sem propósito comum e que não agem necessariamente visando a maximizar o bem-estar da sociedade. O interesse próprio, no entanto, tende a perder importância quando a escolha é feita em condições que impedem que o agente possa prever como sua escolha pode vir a afetar seu bem-estar no futuro; tal é o caso da escolha constitucional, que afeta primordialmente as gerações futuras⁴⁰.

De um lado, observados pela ótica materialista, há os territórios dos Estados, depositários de toda norma jurídica e manifestações socioculturais que os definem, concebidos dentro de seus limites geográficos. De outro, o ciberespaço, a confluência imaterial de todos no mesmo espaço-tempo, que somente se “regula” pela conduta de seus usuários.

“O Direito Civil disciplina as relações privadas, o espaço delimitado de liberdade dos agentes em face do Estado e em face de outros agentes. Estabelece limites à liberdade de contratar e faz valer o licitamente acordado”.⁴¹ Ou seja, o ciberespaço é direcionado pela autonomia da vontade de seus usuários.

Sob um ponto de vista diferente daquele apresentado por Teixeira e Silva⁴², não reconhecemos que os

37 MASSEY, Doreen. *Pelo espaço: uma nova política da espacialidade*. Tradução de Hilda Pareto Maciel e Rogério Haesbaert. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008. p. 139.

38 LÉVY, Pierre. *A conexão planetária: o mercado, o ciberespaço, a consciência*. Tradução de Maria Lúcia Homem e Ronaldo Entler. São Paulo: Ed. 34, 2001. p. 51.

39 HAESBAERT, Rogério. *O mito da desterritorialização: do “fim dos territórios” à multiterritorialidade*. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014. p. 204-205.

40 ARIDA, Pérsio. *A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma*. 2005. p. 16. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35258/34055>>. Acesso em: 19 out. 2017.

41 AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 21.

42 “Noutro sentido, um dos problemas da regulamentação é que justamente as instituições que já comprovaram não ter capacidade para evitar colapsos como o de 2008, como bancos centrais e órgãos governamentais, são os que fomentam e aplicam as normatizações do Bitcoin. E isso traz conseqüências no sentido de que, invariavelmente, se desvirtua a característica principal do sistema da moeda digital, que é, como vimos anteriormente, a liberdade em transacionar bens e serviços mundialmente”. Extraído

bancos centrais e órgãos governamentais fomentem e apliquem leis para o uso de bitcoins, pois ficou demonstrando tal impossibilidade. Não é possível estabelecer limites à circulação das moedas virtuais descentralizadas, esta é sua principal característica.

Ainda, também consideramos que não pela utilização das moedas digitais que se verifica a liberdade se transacionar bens e serviços no cenário internacional, pois isto já acontece. Porém, a utilização das criptomoedas como instrumento de troca em tais transações reduziriam os custos das transações.

Sob a premissa da impossibilidade de criação de normas que sejam aplicadas ao universo virtual, a manutenção do poder nas mãos do Estado precisa de outra perspectiva para alcançar seu objetivo, aquela que considera que o ciberespaço não como fim, mas como meio.

Por esse viés, o ciberespaço passa a ser considerado uma interface que liga todas as pessoas do mundo físico, que dele se valem como viabilizador de suas vontades, reconhecendo a autonomia entre as partes.

A palavra interface significa um dispositivo que garante a comunicação entre dois sistemas informáticos distintos ou um sistema informático e uma rede de comunicação. Nesta acepção do termo, a interface efetua essencialmente operações de transcodificação e de administração dos fluxos de informação.⁴³

A sociedade contemporânea apresenta um perfil contratualista, em que as pessoas têm liberdade para dispor de direitos e celebrar negócios jurídicos, desde que sejam observadas as leis para realização de tais negócios. De outra sorte, a existência de um espaço de relacionamentos sem fronteiras, nem critérios ou culturas, cria um cenário de incerteza e insegurança, principalmente para os hipossuficientes (sentido lato da palavra), que dependem da proteção estatal para invocar direitos quando se sentirem prejudicados, contrariando a liberdade e autonomia dos usuários do ciberespaço.

Por todo aduzido, verificada a impossibilidade de se criarem leis para serem aplicadas no ciberespaço, uma alternativa seria a criação de normas para seus usuários. Porém, como há a conjugação de pessoas de diferentes nacionalidades, jungidas a diferentes ordenamentos jurídicos, não caberia a um único Estado tal possibilidade legislativa a ser aplicada a todos os usuários de criptomoedas, levando a duas possíveis alternativas: a criação de uma norma supraestatal; ou a concepção de uma prática costumeira entre os usuários.

3.4. CRIAÇÃO DE UMA NORMA INTERNACIONAL PARA AS CRIPTOMOEDAS

As questões que permeiam a utilização das criptomoedas são de extremo interesse dos Estados, que, conforme sua própria concepção, é instituído como ente detentor da capacidade normativa e de aplicar a lei àqueles que não observam os preceitos basilares da sociedade. Porém, sua perspectiva política produz densidades normativas isoladas, que somente se aplicam aos limites do território.

Como já salientado, o ciberespaço permite as conjugações das diferenças, do múltiplo, apontando para uma confluência normativa.

O movimento de unificação intelectual, cultural e espiritual da humanidade seria incompreensível, incompleto, incoerente e simplesmente impossível se ele não fosse duplicado, acompanhado, sustentado pelo movimento de unificação mundial do mercado capitalista e pelo crescimento de um imenso tecnocosmos interconectado, interdependente e planetário, que encontrou no ciberespaço sua coroação provisória e seu principal agente.⁴⁴

de: TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; SILVA, Felipe Rangel da. Bitcoin e a (im)possibilidade de sua proibição: uma violação à soberania do Estado? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

43 LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993. p. 176. (Coleção TRANS).

44 LÉVY, Pierre. *A conexão planetária: o mercado, o ciberespaço, a consciência*. Tradução de Maria Lúcia Homem e Ronaldo Entler. São Paulo: Ed. 34, 2001. p. 59.

As criptomoedas apontam para um cenário jurídico diferentemente daquele sobre o qual se apoia o Direito. Em um futuro breve, as moedas virtuais deverão intermediar grande parte das transações financeiras em todo mundo. Nesse sentido, o Direito Econômico concebe reflexões sobre ordenamentos jurídicos que transcendam os limites de um território.

Como já demonstrado acima, é impróprio (ou impossível) falar em território geográfico no espaço virtual, impondo aos Estados um limite ao exercício de suas prerrogativas legislativas. Mesmo que fosse possível, esbarraria nas questões de soberania internacional, que, nessa hipótese, seriam diretamente ofendidas.

O estudo das questões de Direito Econômico não pode desconhecer que passamos de uma relação sistêmica para uma relação intersistêmica, ou seja, há uma superação dos limites territoriais centrados em uma soberania nacional. Os ordenamentos jurídicos têm de conviver, procurando uma harmonização viabilizadora de uma convivência internacional. A concorrência, a inovação, a defesa do consumidor, a empregabilidade não são mais questões que se restringem aos limites nacionais⁴⁵.

O ciberespaço é internacionalizado, é um território múltiplo, não guardando identidade específica com nenhum daqueles que o acessa. Também não pertence a um Estado ou uma cultura específica, ao contrário, é o resultado da conjugação dessas diferenças e de todas as outras, ao mesmo tempo.

A rede mundial de computadores possibilita a realização e criação de uma miríade de novas tecnologias e conceitos que desafiam a tutela legislativa estatal. O descompasso normativo é evidente, porém, é possível salvaguardar critérios e instituir normas em escala mundial, no sentido de buscar um ideal “legislativo” internacional para circulação das criptomoedas que seja aceito pelos usuários.

O centro não irradia de parte alguma num ciberespaço que logo reagrupará a grande maioria dos humanos e que fará explodir as barreiras dos Estados como fogos de palha. Os que não participarem dos programas de competição cooperativa, de troca e de inteligência coletiva distribuídos no ciberespaço serão os “camponeses” da nova era. Aqueles que habitarão o “campo” em vez de habitar a cidade planetária.⁴⁶

Considerando a possibilidade dos Estados criarem normas para si próprios, vislumbra-se a possibilidade da elaboração de um tratado, através do qual seriam estabelecidos critérios quanto à conduta dos usuários das criptomoedas. Para Del’Olmo, “a convergência de posições de dois ou mais sujeitos de Direito Internacional Público, por meio de acordo, no qual práticas costumeiras preexistentes se tornam formalmente fontes de direito entre eles”.⁴⁷ Esse autor apresenta o tratado como fonte formal do direito. Porém, é plausível que a positivação de um costume surja incoerente com as manifestações dinâmicas do ciberespaço, cedendo espaço para uma possível autorregulação da circulação das criptomoedas pelos próprios usuários — um costume, sem a pretensão de ser chancelado pelos Estados, que se adapte frequentemente às necessidades dos usuários.

Quando todos contribuem para a realização do todo, sinergia responsável pela criação de várias startups e softwares, estamos diante do chamado trabalho colaborativo⁴⁸. “Uma das marcas mais interessantes da indústria mundial de software de projetos é a colaboração entre empresas de todos os tamanhos, mesmo num ambiente altamente competitivo”⁴⁹.

No cenário internacional, as pessoas buscam a integração dos povos, chancelada pela prevalência da dignidade da pessoa humana, consubstanciada, também, nos Direitos Humanos de 4ª geração.

45 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 321.

46 LÉVY, Pierre. *A conexão planetária: o mercado, o ciberespaço, a consciência*. Tradução de Maria Lúcia Homem e Ronaldo Entler. São Paulo: Ed. 34, 2001. p. 54.

47 DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 37.

48 O artigo 2º, inciso IV do Marco Civil da Internet concebe que o uso da internet no Brasil será disciplinado no reconhecimento da abertura e da colaboração.

49 PAESANI, Líliliana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2000. p. xii.

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.⁵⁰

Por fim, cumpre mencionar que o direito à informação é reafirmado pelos Direitos Humanos de 4ª geração e, como tal, se os Estados soberanos, dotados de personalidade jurídica internacional, buscarem a criação de um tratado versando sobre a circulação de moedas virtuais no ciberespaço, tem-se que, à luz do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988, uma vez internalizado, será positivado com status de Emenda Constitucional.

3.5. “Lex mercatória” virtual?

No que pese a celebração de tratados, é possível que algum Estado insurja pelo não reconhecimento dos termos e se oponha à sua assinatura. Como consequência, todos os negócios jurídicos lastreados em moedas virtuais celebrados no interior de seu território seria contrário a seu direito.

Ante a tal possibilidade, apresenta-se a segunda alternativa para tentar contornar a impossibilidade de criação de leis a serem aplicadas no espaço virtual: a consideração de regras costumeiras, com base na conduta que já vem sendo adotada pelos usuários que transacionam sobre as criptomoedas.

De acordo com o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, reconhecendo os costumes como fonte normativa.

O ciberespaço guarda similitude com o comércio marítimo internacional que existia na Europa medieval. Até a “Paz de Vestfália”, os comerciantes não podiam invocar seus direitos pessoais, em função do não reconhecimento dos Estados soberanos, cabendo-lhes o respeito mútuo e o bom senso como ferramentas aptas a solucionar os conflitos.

Essa prática tornou-se hábito entre os comerciantes e sua reiteração resultou no costume, nascendo, assim, a *Lex Mercatoria*, que era (e ainda é) um conjunto de procedimentos que torna possível a solução de impasses sem a necessidade de invocar o direito positivado de qualquer comerciante.

Ante a já demonstrada inviabilidade de se criar leis que se apliquem ao ciberespaço, considerando a inviabilidade de criação de um tratado que tenham todos os Estados como signatários, a sugerida *Lex mercatoria* virtual revela-se como uma possível alternativa a estabelecer regras para circulação das criptomoedas, atreladas ao fato de os costumes não serem atentatórios a qualquer ordenamento jurídico, nem representa ofensa à soberania de qualquer Estado:

A lex mercatoria não compete com a lei do Estado, nem constitui direito supranacional que derroga o direito nacional, mas é um direito adotado, sobretudo, na arbitragem comercial internacional ou outra forma de resolução de controvérsias, *ad latere* do sistema estatal.⁵¹

Nesse mesmo sentido é o posicionamento de Antas Jr.:

Coloca-se em relevo o fato de a *lex mercatoria*, como uma ordem jurídica a-nacional, ao regulamentar a relação entre os grupos transnacionais estabelecendo formas de organização e ação, mais a padronização de técnicas de produção (que concerne ao direito da produção, igualmente ligado às ações das empresas), apresenta forte poder de intervenção nas políticas territoriais locais (e nacionais), nas quais a participação

50 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Malheiro Editores, 2007. p. 571.

51 AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Lex editora, 2006. p. 74.

do Estado se mostra cada vez mais frágil e moldável, sendo que se tratava, outrora, de uma prerrogativa.⁵²

Assim como a *lex mercatoria* surgiu como resposta a comerciantes medievais, numa realidade ausente de legislação, sua ideia também pode ser aplicada ao território múltiplo do ciberespaço. O problema da falta de critérios específicos para “coordenar” as transações comerciais com moedas virtuais pode ser solucionado com a adoção de costumes.

À semelhança do livre mercado, a prática reiterada de determinada conduta resultará na autorregulação, surgindo, de forma natural, dinâmica, longe da engessada chancela estatal, coerente com as constantes transformações do mundo virtual.

O argumento é que países cujo sistema legal facilita e incentiva o respeito aos direitos individuais de propriedade e aos contratos privados tendem a ter melhor desempenho do que outros, principalmente pelo desenvolvimento da intermediação financeira entre poupança e investimento; nesses países, os poupadores têm mais confiança em emprestar, e os tomadores têm mais confiança em investir. Mais recentemente, a atenção tem se voltado não para a discussão dos efeitos do sistema legal tal qual firmado na origem, mas sim sobre sua adaptabilidade às vicissitudes da vida econômica. Sistemas legais que se adaptam rapidamente às necessidades de contratação entre agentes privados apresentam desempenhos econômicos superiores a sistemas legais rígidos.⁵³

A utilização do costume para balizar as transações com criptomoedas é perfeitamente coerente com as características do ciberespaço: disruptividade e descentralização. Uma lei positivada demonstra incompatibilidade com um espaço desterritorializado, nem por isso, deve-se considerar a total falta de qualquer parâmetro para as transações. As regras devem ser definidas por aqueles que deles se utilizam.

Pelo aduzido, verifica-se que uma regra costumeira demonstra ser a ferramenta mais adequada para estabelecer critérios para a utilização das criptomoedas. Rompendo, assim, com a total inexistência de critérios para a circulação das moedas virtuais, reafirmando a autonomia de todos aqueles que utilizam do ciberespaço para realização de negócios.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo aquilo que foi pesquisado para elaboração deste trabalho, verificou-se que o ciberespaço revela-se um território que não recepciona vontade unilateral, mas é constituído pelas manifestações de todos, é a conjugação do “tudo ao mesmo tempo”.

Lado outro, a ausência do território físico, depositário da cultura de um povo, que identifica, geograficamente, o Estado e estabelece limites à soberania deste, não encontra correspondência no ciberespaço. A imaterialidade do território virtual representa uma limitação ao poder de legislar do Estado.

Tais características desenham um cenário nebuloso quanto ao reconhecimento de direitos e solução de conflitos no ciberespaço, apontando sempre para a solução alternativa de conflitos, longe do judiciário. Ficou, também, evidenciado o descompasso entre as criptomoedas e a vigente regra legislativa, pois a burocracia do processo de criação de leis nunca conseguirá acompanhar a velocidade das manifestações do mundo virtual.

Conjecturando a possibilidade de uma economia libertária, sem controle, pode gerar uma concentração total de poder e riqueza, as questões relativas ao ciberespaço, como as criptomoedas trabalhadas neste

52 ANTAS Jr., Ricardo Mendes. *Território e regulação: espaço geográfico, fonte material e não-formal do direito*. São Paulo: Associação Editorial Humanistas – Fapesp, 2005. Disponível em: <<http://ricardoantasjr.org/wp-content/uploads/2012/03/livro.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2017.

53 ARIDA, Pérsio. *A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma*. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35258/34055>>. Acesso em: 19 out. 2017. p. 16.

artigo, conclui-se pela necessidade de definição de critérios que balizem a conduta dos indivíduos. Assim, vislumbraram-se dois possíveis caminhos: a criação de um tratado e o surgimento de um costume.

Com base nos levantamentos apontados, considera-se como a alternativa mais adequada ao tratamento jurídico das criptomoedas a adoção de uma sistemática costumeira, erigida com base na conduta praticada pelos usuários, guardando total consonância com o sentido de autonomia e representando a escolha mais justa democraticamente.

Este artigo não busca esgotar esse assunto, mas sim suscitar discussões acerca do tema. As criptomoedas podem substituir o dinheiro físico e o total descontrolo de sua circulação pode resultar no esfacelamento da economia internacional e, conseqüentemente, dos Estados. Por mais liberdade que o ciberespaço possa proporcionar, a total falta de controle ainda se revela uma grande incógnita.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Lex editora, 2006.
- ANDRADE, Mariana Dionísio de. Tratamento jurídico das criptomoedas: a dinâmica dos bitcoins e o crime de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.
- ANTAS Jr., Ricardo Mendes. *Território e regulação: espaço geográfico, fonte material e não-formal do direito*. São Paulo: Associação Editorial Humanistas – Fapesp, 2005. Disponível em: <<http://ricardoantasjr.org/wp-content/uploads/2012/03/livro.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2017.
- ARAÚJO, Luiz Ivani Amorim. *Curso de Direito Internacional Público*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ARIDA, Pérsio. *A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma*. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35258/34055>>. Acesso em: 19 out. 2017.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Malheiro Editores, 2007.
- BRASIL. *Circular 3.115, de 18 de abril de 2002, do Banco Central do Brasil, instituindo a TEA (Transferência Eletrônica Agendada) e a TED (Transferência Eletrônica Disponível)*. 2002. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2002/pdf/circ_3115_v6_1.pdf>. Acesso em: 17 out. 2017.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.
- BRASIL. *Decreto-Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.
- BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 11 out. 2017.
- BRASIL. *Lei 12.965, de 23 de abril de 2014*. Institui o Marco Civil da Internet. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 11 out. 2017.
- CHAVES, Antonio. *Direitos autorais na computação de dados*. São Paulo: LTR, 1996.
- CUNHA Jr., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.
- DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GREENBERG, Andy. *Cryptocurrency*. 2011. Disponível em: <<https://www.forbes.com/forbes/2011/0509/technology-psilocybin-bitcoins-gavin-andresen-crypto-currency.html>>. Acesso em: 3 set. 2017.

HAESBAERT, Rogério. *O mito da desterritorialização: do “fim dos territórios” à multiterritorialidade*. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

LÉVY, Pierre. *A conexão planetária: o mercado, o ciberespaço, a consciência*. Tradução de Maria Lúcia Homem e Ronaldo Entler. São Paulo: Ed. 34, 2001.

LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993. (Coleção TRANS).

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999.

MASSEY, Doreen. *Pelo espaço: uma nova política da espacialidade*. Tradução de Hilda Pareto Maciel e Rogério Haesbaert. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

MASSEY, Doreen. *Pelo espaço: uma nova política da espacialidade*. Resenha de: Nécio Turra Neto. *Revista de Formação*, v. 1, n. 15, p. 162–166, 2008 Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi3qLi80_rWAhWGijAKHZLnDNUQFghdMAk&url=http%3A%2F%2Frevista.fct.unesp.br%2Findex.php%2Fformacao%2Farticle%2Fdownload%2F744%2F761&usq=AOvVaw1P-MpcL16U4aR_w0gSsLsW>. Acesso em: 18 out. 2017.

NASCIMENTO, Marcelo Tadeu; MACEDO, Caio Sperandeo de. O direito na sociedade da informação: a proteção aos direitos autorais e direitos conexos frente às novas tecnologias. *Universitas Jus*, v. 27, n. 2, 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/4230/3256>>. Acesso em: 4 dez. 2017.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de Informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2000.

ROCHA, J. M. *O local e o global: conceitos e tendências do Ciberjornalismo regional de dourados*. 2014. Disponível em: <<http://www.unigran.br/mercado/paginas/arquivos/edicoes/8/12.pdf>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

SAKUTIN, Stephane de. Bitcoin supera US\$ 15 mil pela primeira vez. *Revista Exame on line*, 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mercados/bitcoin-supera-os-us-15-mil-pela-primeira-vez/>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

SANTOS, Milton. *A Natureza do Espaço: Técnica e Tempo, Razão e Emoção*. 4. ed., 2. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006. (Coleção Milton Santos, 1).

SILVEIRA, María Laura. Concretude territorial, regulação e densidade normativa. *Revista Experimental*, São Paulo: Laboplan – Departamento de Geografia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, n. 2, mar. 1997.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; SILVA, Felipe Rangel da. Bitcoin e a (im)possibilidade de sua proibição: uma violação à soberania do Estado? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

ULRICH, Fernando. *Dez formas de explicar o que é Bitcoin*. 2014. Disponível em: <<http://www.infomoney>.

com.br/blogs/cambio/moeda-na-era-digital/post/3160782/dez-formas-explicar-que-bitcoin>. Acesso em: 13 set. 2017.

VALENTE, Jonas. *Relatório aponta Brasil como quarto país em número de usuários de internet*. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-10/relatorio-aponta-brasil-como-quarto-pais-em-numero-de-usuarios-de-internet>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

WIKIPEDIA. *Código aberto*. 2017. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_aberto>. Acesso em: 16 out. 2017.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Criptomoedas e competência tributária

Cryptocurrencies and the power-to-tax

Guilherme Broto Follador

VOLUME 7 • Nº 3 • DEZ • 2017
DIREITO E MUNDO DIGITAL

Cryptocurrencies and the power-to-tax

Guilherme Broto Follador**

RESUMO

Os estudos sobre criptomoedas e tributação têm centrado a análise nas disposições relativas a cada tributo, desprezando as dificuldades adicionais decorrentes do caráter rígido do sistema brasileiro de repartição das competências tributárias. O presente estudo aponta a necessidade de, antes de descer ao exame da legislação de cada tributo, ensaiar possíveis enquadramentos dos atos e negócios jurídicos com criptomoedas nos conceitos utilizados, pela Constituição Tributária, para a outorga de competências. O método é o seguinte: o artigo busca, primeiramente, compreender o que são criptomoedas, a tecnologia nelas envolvida e que sorte de negócios podem encetar; na sequência, incursiona pelo Direito Comparado e pelos (ainda poucos) escritos brasileiros sobre o tema, com vistas a identificar alternativas de classificação dos atos e negócios com criptomoedas; feito isso, passa ao cotejo entre os novos conceitos, as alternativas de classificação observadas e o sistema brasileiro de repartição das competências tributárias. Conclui-se que o tema ainda suscita mais perguntas do que respostas. Nos casos em que as moedas virtuais funcionam como meio de troca, o fato de as relações jurídicas subjacentes à tributária envolverem o seu tráfego, em substituição ao dinheiro, será normalmente irrelevante para a definição da competência para tributá-las; porém, muitas atividades especificamente relacionadas ao mundo das criptomoedas, como as das *exchanges* e dos mineradores, suscitarão conflitos na identificação do titular da competência tributária, em especial por conta das zonas cinzentas que envolvem os arquétipos constitucionais dos tributos, somada à eventual sujeição dos seus conceitos-base a processos de mutação constitucional.

Palavras-chave: Direito Tributário. Competência tributária. Criptomoedas. Bitcoin.

ABSTRACT

The few studies we found about the relationship between taxation and cryptocurrencies focus on the legal provisions of each tax type, instead of focusing on the constitutional tax system provisions. In this paper, we sustain that we should do precisely the opposite. First, we describe the cryptocurrencies and the economic operations related to them. Then, we collect some impressions about the taxation of virtual currencies in foreign and native law and scholars, in order to identify some hermeneutic alternatives. Finally, we point out some characteristics of our extremely complex constitutional tax system, trying to evidence the difficulties on interpreting the

* Recebido em 31/10/2017
Aprovado em 27/11/2017

** Mestre em Direito do Estado (Direito Tributário) pela UFPR. Professor dos cursos de Pós-Graduação em Direito Tributário do Centro Universitário Curitiba-UNICURITIBA e da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST. Advogado. Sócio responsável pela área tributária da Assis Gonçalves, Kloss Neto e Advogados Associados. Membro da Comissão de Direito Tributário da OAB/PR. E-mail: guilhermefollador@yahoo.com.br.

ambiguous and vague expressions the Brazilian Constitution uses to grant tax competence to federal, state and municipal entities. We conclude that there are still much more questions than answers. When cryptocurrencies are used as a medium of payment, the fact of using them instead of money will frequently be irrelevant to determine who is competent for taxing the operation. Nevertheless, there will be much more difficulties on identifying who is the competent authority to tax the activities of virtual currency exchange companies and cryptocurrency miners, especially because there is a gray zone in the concepts used by the Constitution to grant tax power, and because those concepts may be in a process of constitutional mutation.

Keywords: Taxation. Power-to-tax. Cryptocurrencies. Bitcoin.

1. INTRODUÇÃO

Neste ano de 2017, as criptomoedas ganharam especial destaque, em razão da extraordinária valorização que algumas delas — em especial o *Bitcoin* — experimentaram em face das moedas nacionais.

Com efeito, se, na data de seu lançamento, um *bitcoin* equivalia a meros US\$ 0,08, e, há um ano, gravitava em torno de US\$ 600,00, ao tempo da redação deste artigo, durante outubro de 2017, já flertava com a casa de US\$ 6.000,00¹. Como se não bastasse, em razão de bifurcações na rede (*forks*), a moeda sofreu duas divisões, dando origem a duas novas criptomoedas, o *bitcoin-cash* e o *bitcoin-gold*, cada qual com sua específica rede, com um nível distinto de aceitação no mercado e, conseqüentemente, com um valor também diferente².

Diante desses números, bem como do potencial disruptivo das criptomoedas e da tecnologia nelas envolvida, não é de surpreender a quantidade de escritos sobre o tema, em especial no âmbito das Ciências ligadas à Economia e à Informática.

No âmbito das Ciências Jurídicas, contudo, tem-se a sensação de que o enfrentamento dos temas encetados pelos avanços tecnológicos é sempre feito, “...paradoxalmente, cedo demais e tarde demais”³.

Por um lado, chega-se cedo demais, porque a regulação específica do assunto pela legislação, naturalmente, demora a surgir, o que somente ocorre depois que os problemas concretos a ela relacionados começam a ser levados aos tribunais e a outras instâncias decisórias⁴.

Por outro lado, em certo sentido, o enfrentamento do tema parece tardio, porque a introdução das novas tecnologias ocorre de modo tão acelerado que parece impossível acompanhá-lo. Aliás, para alguns, o ritmo das inovações chega mesmo a pôr em xeque tanto a aptidão das usuais estruturas normativas para regulá-las,

1 Segundo o Coindesk, a cotação máxima de US\$ 6.137,83 foi alcançada em 21.10.2017. Disponível em: <https://www.coindesk.com/price/>. Acesso em 24.out.2017, às 09h06.

2 MORENO, Felipe. *Bitcoin pode ser dividido novamente e se transformar em 3 moedas diferentes*. 2017. Disponível em: <https://conteudo.startse.com.br/tecnologia-inovacao/felipe/bitcoin-pode-ser-dividido-novamente-e-se-transformar-em-3-moedas-diferentes/>. Acesso em: 26 out. 2017.

3 Tradução livre. No original, em inglês “...both, paradoxically, too soon and too late”. HOEGNER, Stuart. What is Bitcoin? In: BRITO, Jerry (Coord.). *The Law of Bitcoin*. IUiverse: Bloomington. p. 28. E-book.

4 Segundo análise feita em 2014, por encomenda da Biblioteca Jurídica do Congresso Americano, não havia regulação específica do tema em quase nenhum dos quarenta países analisados - THE LAW LIBRARY OF THE CONGRESS. *Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions*. 2014. Disponível em: <https://www.loc.gov/law/help/bitcoin-survey/regulation-of-bitcoin.pdf>. Acesso em: 17 out. 2017. Mais recentemente, as notícias passaram a dar conta de da expedição de regulamentos específicos em alguns países, com destaque para o Japão, que, ao dar às criptomoedas um tratamento amigável, tornou-se o maior mercado de transações em *bitcoins*. Nesse sentido: FREITAS, Tainá. *Golaco para o Bitcoin: Japão regulamenta positivamente exchanges de criptomoedas*. 2017. Disponível em: <https://conteudo.startse.com.br/mercado/taina/golaco-para-o-bitcoin-japao-regulamenta-positivamente-exchanges-de-criptomoedas/>. Acesso em: 4 out. 2017. GUIA DO BITCOIN. *Japão declara venda de Bitcoin isento de imposto de consumo*. 2017. Disponível em: <https://guiadobitcoin.com.br/japao-declara-venda-de-bitcoin-isento-de-imposto-de-consumo/>. Acesso em: 5 out. 2017.

quando a viabilidade da tradicional teoria do Direito para explicá-las⁵.

Há, por parte dos juristas, a natural tendência de buscar, imediatamente, encaixar a nova realidade nos conceitos com os quais estamos familiarizados. Isso, contudo, nem sempre é possível, pois, diante de uma grande novidade, frequentemente se estará diante de casos para os quais não haverá solução normativa (casos de lacuna lógica ou normativa), fato que, na maioria dos sistemas, obrigará o intérprete, compelido que está a decidir, ao desenvolvimento de uma regra específica para solucioná-lo, mediante o recurso a métodos de integração⁶.

Em outros casos, estar-se-á diante de lacunas de conhecimento ou de reconhecimento (zonas de penumbra), isto é, diante de situações em que a ambiguidade ou a vagueza das expressões usadas pelo legislador, as propriedades peculiares do fato concreto ou a insuficiência das provas não permitirão saber, ao certo, se determinada disposição normativa se aplica ou não.

Finalmente, em algumas situações, estar-se-á diante de casos para os quais o enquadramento do fato nas categorias conhecidas fornecerá uma resposta relativamente segura, mas que parecerá pouco justa, pouco adequada, na medida em que a regra, embora aplicável, não terá sido concebida para aquela situação peculiar e, portanto, traços particulares do caso não terão sido elevados, pelo legislador, a índices de *discrimen* (lacuna axiológica)⁷.

Essas dificuldades, que todo jurista conhece, e que invariavelmente aparecerão em todos os ramos do Direito que se dedicarem ao tema das criptomoedas, parecem especialmente maiores no âmbito do Sistema Tributário Brasileiro.

Isso porque, como se demonstrará adiante, trata-se de um sistema constitucionalmente rígido, no qual os conceitos normativos utilizados pela Constituição para conferir as competências tributárias têm especial relevância, a ponto de a identificação dos limites à atividade tributária de cada pessoa política reclamar, com muita frequência, a intervenção do Supremo Tribunal Federal.

Trata-se, ademais, de um ramo do Direito em que a possibilidade de recorrer a métodos de integração como a analogia e a equidade, e de fazer uso de presunções e ficções — alternativas que, em outros sistemas, poderiam facilitar a tarefa do intérprete — é bastante restrita.

Parece necessário, assim, que uma pesquisa sobre o tema da tributação dos atos, negócios e situações jurídicas relacionados às criptomoedas — objetivo de um futuro trabalho de maior fôlego — parta de uma análise a respeito das possibilidades interpretativas que a Constituição fornece a seu respeito. É o que este artigo se propõe a fazer, menos com o objetivo de fornecer respostas, e mais com a finalidade de identificar o tipo de perguntas que devem ser feitas, sob o ângulo constitucional, antes de se descer ao exame da legislação relativa a cada tributo.

O caminho para lograr esse intento não oferece grandes atalhos.

É preciso, antes de tudo, compreender, minimamente, o que são criptomoedas, a tecnologia nelas envolvida e que sorte de negócios podem encetar, e é a isso que se destina o primeiro tópico (item 2).

Na sequência, é necessário fazer uma incursão pelo Direito Comparado e pelos (ainda poucos) escritos brasileiros sobre o tema, com vistas a identificar alternativas de classificação jurídica dos atos e negócios

5 SANTI, Eurico Marcos Diniz de; PEROBA, Luiz Roberto; ALHO NETO, João. *Tributação na Era Digital – Autorregulação: uma possibilidade?* 2017. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qwUhhHtWBccJ:https://jota.info/artigos/tributacao-na-era-digital-25082017+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 12 out. 2017.

6 Nesse sentido, diz JERRY BRITO: “*When a new technology like Bitcoin comes along, there are often questions about how exactly to comply with the existing regulations, but not necessarily questions about if the regulations apply*”. BRITO, Jerry. Foreword. In: BRITO, Jerry (Coord.). *The Law of Bitcoin*. IUniverse: Bloomington, 2015. p. 1. *E-book*.

7 Buscamos a distinção entre lacunas normativas, lacunas de reconhecimento e lacunas axiológicas em: ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea y Depalma, 1998.

com criptomoedas, tema que constitui o assunto do segundo e do terceiro tópicos (itens 3 e 4).

Feito isso, pode-se passar ao cotejo entre os novos conceitos, as alternativas de classificação já cogitadas e as categorias fundantes do Sistema Constitucional Tributário Brasileiro, o que se faz, no quarto e quinto tópicos (itens 5 e 6), mediante uma apresentação das principais características do sistema de repartição das competências tributárias, seguida de um ensaio a respeito de como se poderiam classificar, nesse sistema, determinados negócios e atos com criptomoedas.

2. AS CRIPTOMOEDAS E OS ATOS, NEGÓCIOS E SITUAÇÕES JURÍDICAS A ELAS VINCULADOS

Para uma aproximação ao tema, parece imprescindível, de início, apresentar uma classificação que aparte as criptomoedas de outros tipos de moedas digitais, não com o objetivo de apresentar uma categorização definitiva desses objetos — até porque, como se sabe, as classificações não são verdadeiras ou falsas, mas úteis ou inúteis⁸ — e sim com vistas a deixar mais claro quais são os objetos a que se quer referir por meio da palavra “criptomoedas”.

Para tanto, este estudo vale-se da taxonomia empregada pelo *Financial Action Task Force* – FATF, órgão internacional voltado à proteção do sistema financeiro mundial contra a lavagem de dinheiro, o terrorismo e o financiamento de armas de destruição em massa⁹. A escolha dá-se em função da clareza e abrangência da classificação e, também, em razão de que vem sendo invocada, no Direito Comparado, para a análise do tema¹⁰.

Segundo essa classificação, temos, como gênero, a expressão “moeda digital” (*digital currency*), que abrange, (1) de um lado, o “dinheiro eletrônico” (*e-money*) — ou seja, as representações digitais dos mecanismos de transferência da moeda oficial (*fiat currency*), como o Real ou o Dólar — e, (2) de outro lado, as “moedas virtuais” (*virtual currencies*), isto é, as representações digitais de valores que enfeixam uma ou mais das características das moedas nacionais — na medida em que podem funcionar como (i) meio de troca e/ou (ii) unidade de conta (unidade de medida) e/ou (iii) reserva de valor — mas não têm curso forçado (*legal tender*).

As moedas virtuais, a seu turno, podem ser subdivididas em (2.A) não conversíveis, ou fechadas (*non-convertible or closed*) e (2.B) conversíveis, ou abertas (*convertible or open*), conformem possuam, ou não, um valor equivalente em moeda oficial, em razão de as regras relativas ao seu funcionamento não vedarem a troca por moeda corrente e em razão da existência real de um mercado que, na prática, possibilite a troca por dinheiro (*de facto* convertibility), mesmo que essa conversibilidade não seja garantida por lei.

Entre as moedas não conversíveis, estão aquelas que pretendem pertencer a um mundo ou domínio específico, e que, segundo as regras específicas que as regulam, não podem ser trocadas por moeda corrente, ainda que possa haver uma espécie de “mercado negro”, contrário às regras, para a sua troca por moeda oficial. Os exemplos concretamente mencionados pelo FATF foram os *Project Entropia Dollars*, as *Q Coins* e o *World of Warcraft Gold*.

As moedas virtuais podem, ainda, ser classificadas em centralizadas e descentralizadas. Nas primeiras, está presente um intermediário entre pagador e recebedor; há, em outras palavras, uma terceira parte que emite a moeda, regula-a, controla os registros de transferência, o preço de venda *etc.* e pode retirá-la de circulação. Nas segundas, a emissão, a distribuição, o preço, as transferências *etc.* da moeda não são controladas

8 GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. t. 9. p. 519. Na mesma linha: CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 99.

9 FINANCIAL ACTION TASK FORCE - FATF. *Virtual Currencies: Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*. 2013. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

10 HOEGNER, Stuart. What is Bitcoin? In: BRITO, Jerry (Coord.). *The Law of Bitcoin*. IUniverse: Bloomington. p. 1-33. E-book.

por ninguém especificamente, mas, simultaneamente, por todos os que com ela operam. Essa descentralização é obtida, de regra, com a ajuda da informática.

Todas as moedas virtuais não conversíveis são centralizadas. As conversíveis, a seu turno, podem ser subdivididas em moedas **(2.B.I)** centralizadas e **(2.B.II)** descentralizadas. Um exemplo das primeiras é o *WebMoney*. As criptomoedas fazem parte do segundo grupo.

As criptomoedas são, portanto, moedas virtuais, conversíveis e descentralizadas, e que se caracterizam, adicionalmente, por serem protegidas por criptografia.

A primeira e mais importante dessas moedas é o *Bitcoin*, lançado, em 2009, por um programador, ou grupo de programadores, de nome (mais provavelmente um codinome) Satoshi Nakamoto. Há, porém, centenas de outras espécies de criptomoedas, que seguem aproximadamente a mesma lógica, e às quais se atribui, genericamente, o nome de *altcoins*. Delas são exemplos, entre outros, a *Ethereum*, a *Ripple*, a *Litecoin*, a *Dogecoin*, a *Feathercoin*, a *ZCash*, a *Monero* e a *Dash*.

Como há diferenças entre essas espécies de criptomoedas, em especial no que toca à tecnologia nelas envolvida, para simplificar a exposição, e também em virtude de nosso muito limitado conhecimento nessa seara, usaremos o *Bitcoin* como modelo (*proxy*), haja vista que parece ser a criptomoeda mais antiga em circulação e é, certamente, a mais difundida, bem como aquela sobre a qual há maior literatura¹¹.

Segundo Aleksandra Bal¹², o *Bitcoin* surgiu como resposta à crise financeira mundial de 2008 e à maneira como os governos reagiram a ela¹³. Ele opõe-se ao papel dos bancos e outros intermediários das transações financeiras, por estar assentado em uma tecnologia que possibilita o envio de recursos financeiros de parte a parte (*P2P*, *peer-to-peer*), sem necessitar de um terceiro de confiança (*trusted third party*) a quem se outorgue a função de zelar para evitar que o mesmo recurso seja gasto mais de uma vez.

A presença desse terceiro passa a ser dispensável na medida em que o “livro-razão” de registro das transações efetuadas em *bitcoins* (*ledger*) é compartilhado por múltiplos usuários do sistema, mediante uma rede que traz anúncio público das operações, as quais são relacionadas em cadeia, em blocos consecutivos (*Blockchain*)¹⁴.

Apesar de público o registro das transações, por conta da criptografia assimétrica que rege a troca de informações, as partes nelas envolvidas mantêm-se anônimas. Isto é, sabe-se que o direito de usar uma determinada quantidade de *bitcoins* “saiu” de uma carteira (*wallet*) X e “entrou” em uma carteira Y, mas não se sabe quem é o titular dessas carteiras, nem qual foi o ato ou negócio que ensejou a transmissão, porque a informação é criptografada com a chave pública do destinatário, mas somente pode ser decodificada com a senha privada da sua carteira¹⁵.

Aliás, em virtude da descentralização, não se sabe, exatamente, onde “estão” os *bitcoins*. Segundo Ale-

11 MORAIS, Carlos Yury Araújo de; BRANDÃO NETO, João Batista. Tributação das Operações com Criptomoedas. *Arquivo Jurídico*, Teresina, v. 1, n. 7, p. 42-43, jul./dez. 2014.

12 NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. 2009. Disponível em: < <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:YghnrrkfjBYJ:https://bitcoin.org/bitcoin.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-ab>>. Acesso em: 18 out. 2017.

13 BAL, Aleksandra. How to Tax Bitcoin? In: CHUEN, David Lee Kuo. *Handbook of Digital Currency: Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data*. Elsevier: San Diego, 2015. p. 268.

14 HOEGNER, Stuart. What is Bitcoin? In: BRITO, Jerry (Coord.). *The Law of Bitcoin*. IUniverse: Bloomington. p. 10-12. E-book.

15 Para uma melhor explicação sobre a evolução da criptografia, neste mesmo volume: ABREU, Jacqueline de Souza. Passado, presente e futuro da criptografia forte: desenvolvimento tecnológico e regulação. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 7, n. 3, 2017.

16 Como explicam Danielle Mendes Thame Denny, Roberto Ferreira Paulo e Douglas de Castro, na Blockchain, O fato de [as informações] serem distribuídas dilui o risco de falhas e de controles típicos de quando há um controlador, a criptografia protege a segurança dos dados e as validações múltiplas fazem com que os dados sejam conferidos por vários. Além disso, a publicidade dos algoritmos e de todas as entradas facilita auditorias” (esclarecemos, nos colchetes) – DENNY, Danielle Mendes Thame; PAULO, Roberto Ferreira; CASTRO, Douglas de. Blockchain e Agenda 2030. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

jandro Gómez de la Cruz¹⁷, os *bitcoins* “... podem não estar ligados a nenhuma localização (e ligados a todas ao mesmo tempo)”. Também não há movimentação física dos *bitcoins*, mas apenas registro das transações na *Blockchain*, que, a seu turno, não está armazenada em um único servidor, mas “... em cada nó... que toma parte na rede Bitcoin”, ou seja, em cada computador que tem uma cópia atualizada da rede¹⁸.

Outra característica muito importante dessas criptomoedas está em que, diferentemente do que ocorre com as moedas nacionais, que simplesmente são emitidas pelos Estados nacionais quando eles desejam, ainda que eventualmente obedecendo a algum sistema de autorregulação, os *bitcoins* não são gerados de acordo com a vontade de alguém. Eles são “descobertos”, mediante um processo que se usou chamar de “mineração” (*mining*).

Os “mineradores” (*miners*) são pessoas ou empresas (ou grupos deles — *mining pools*¹⁹) que põem seu poder computacional — e o espaço, tempo, energia *etc.* a ele relacionados — para resolver complexos algoritmos, destinados a verificar a higidez dos blocos de transações, em especial com vistas a evitar o duplo gasto de um mesmo *bitcoin*. Quando concluem a análise de um grupo de transações, os mineradores geram um bloco, que submetem à validação pelos “nós” (*nodes*) da rede, isto é, computadores que atualizam progressivamente a *Blockchain*. Para lograrem sucesso, os mineradores dependem não apenas de poder computacional, mas também de um pouco de sorte, na medida em que, para que um novo bloco, seja efetivamente adicionado à *Blockchain*, deve ser aceito por outros *nodes*, que o validem e passem a utilizá-lo como ponto de partida, isto é, como última atualização da *Blockchain*. Sendo bem-sucedido, o minerador ganha uma recompensa (*mining reward*), em *bitcoins*, a cada novo bloco de transações incorporado à *Blockchain*. Como há, no protocolo do sistema, um número limite de 21 milhões de *bitcoins* a serem gerados, torna-se progressivamente mais difícil minerar *bitcoins* e progressivamente menor — se contada em número de *bitcoins* — a remuneração dos mineradores.

Para além da remuneração pelos novos blocos gerados, os mineradores também podem vir a ser recompensados pelo seu esforço — e este, no futuro, com a progressiva escassez de *bitcoins*, será o meio por excelência de remunerá-los — mediante o pagamento de taxas (*mining fees*) pelos usuários cujas transações houverem sido incluídas nos blocos efetivamente adicionados à *Blockchain*. Nem sempre é obrigatório que o usuário pague essas taxas, mas há certas regras que praticamente o obrigam a fazê-lo, sob pena de sua transação “...levar muito tempo para ser processada...” ou até mesmo acabar não sendo processada, pelo desinteresse dos mineradores²⁰.

Interessante apontar que a competição, entre os mineradores, pela inserção do bloco validado na rede, gera inconsistências temporárias entre as versões da *Blockchain*. Essas bifurcações (ou *forks*) normalmente são resolvidas à medida que novos blocos são adicionados a uma dessas ramificações (*soft forks*); contudo, embora se trate de evento algo raro, é possível que “... uma bifurcação se estenda em dois blocos”, se eles forem “...encontrados quase que simultaneamente por mineradores nos ‘lados’ opostos da bifurcação anterior”²¹ (*hard fork*). Isso pode levar a uma divisão da rede, ensejando duas versões concorrentes do *bitcoin*. Foi o que deu ensejo ao surgimento do *bitcoin-cash* e do *bitcoin-gold*, fazendo com que, de modo geral, os titulares de *bitcoins* passassem a também ser, involuntariamente, titulares de *bitcoins-cash* e de *bitcoins-gold*, cada

17 Tradução livre. No original, em inglês: “... may not be linked to any location (and linked to everywhere at the same time”. GÓMEZ DE LA CRUZ, Alejandro. *Where is the Bitcoin? (Part I)*. 2015. Disponível em: <<http://lawandbitcoin.com/en/where-is-the-bitcoin-part-i/>>. Acesso em: 19 out. 2017.

18 Tradução livre. No original, em inglês: “... it is stored in every node... which takes part in the Bitcoin network”. GÓMEZ DE LA CRUZ, ALCANIZ, Antonio; GÓMEZ DE LA CRUZ, Alejandro. *Where is the Bitcoin? (Part II)*. 2015. Disponível em: <<http://lawandbitcoin.com/en/where-is-the-bitcoin-part-ii/>>. Acesso em: 19 out. 2017.

19 NORMAN, Alan T. *Mastering Bitcoin For Dummies: Bitcoin and Cryptocurrency Technologies, Mining, Investing and Trading*, 2017. E-book.

20 FINARDI, Israel. *Como Funcionam as Taxas do Bitcoin*. 2017. Disponível em: <<https://www.criptomoedasfacil.com/como-funcionam-as-taxas-do-bitcoin/>>. Acesso em: 18 out. 2017.

21 FINARDI, Israel. *O que é fork? Qual a diferença entre Softfork e Hardfork?* 2017. Disponível em: <<https://www.criptomoedasfacil.com/o-que-e-fork-qual-a-diferenca-entre-softfork-e-hardfork/>>. Acesso em: 26 out. 2017.

qual com um valor diferente, definido em função de sua aceitação no mercado.

Como se vê, há, associados às criptomoedas, atos e negócios de grande valor econômico, e muito diferentes dos até então conhecidos, como a mineração ou o pagamento de taxas para sujeito indeterminado, com vistas ao processamento de transações e à manutenção do sistema. Há, também, empresas especializadas em comprar e vender e/ou intermediar a troca de criptomoedas por moeda nacional (as chamadas *virtual currency exchanges*, ou simplesmente, *exchanges*). Há, ainda, operações chamadas de *Initial Coin Offerings* – ICO, em que alguém oferece a investidores unidades de uma nova criptomoeda, ou um outro direito relacionado a ela ou à sua rede, em troca de criptomoedas mais conhecidas, como *bitcoins* ou *ethereums*, de forma semelhante ao que ocorre com os IPOs (*Initial Public Offering*) de valores mobiliários²². Finalmente, há eventos extraordinários, como os *hard forks*, em razão dos quais pessoas acabam sendo contempladas com ativos novos (novas criptomoedas), independentemente de sua vontade, o que pode tanto conduzir a um aumento patrimonial, como ensejar uma desvalorização dos ativos anteriormente titulados.

Por outro lado, por se tratar de meios de troca, essas criptomoedas podem, da mesma forma que o dinheiro, estar associadas a praticamente todos os outros tipos de atos, negócios e situações jurídicas.

Nessa linha, pode-se ser proprietário de *bitcoins* (ou, mais precisamente, do direito de utilizá-los); podem-se adquirir ou alienar *bitcoins* (ou o direito de utilizá-los), em troca de dinheiro ou outro bem, ou em retribuição a serviço. Pode-se intermediar a venda de *bitcoins*, oferecendo uma plataforma segura para compradores e vendedores. Pode-se doá-los. Pode-se emprestá-los, eventualmente com fins econômicos, cobrando juros e encargos. Pode-se dá-los em garantia. Talvez haja a possibilidade de exportá-los, ou de importá-los (caso se possa saber onde, afinal, eles “estão” e para onde eles “vão”). Há, enfim, uma gama imensa de atividades econômicas, muitas delas de potencial interesse para o Direito Tributário.

Ocorre que a classificação desses atos, negócios e situações jurídicas, para fins tributários, depende, em grande parte, do tratamento que o sistema jurídico dará aos *bitcoins*. A depender da classificação adotada, uma transferência de *bitcoins* pode ser alcançada por tributos completamente distintos, eventualmente titulados por entes federados também distintos.

Como se trata de algo novo, e como, muitas vezes, não é fácil identificar o tratamento constitucional da matéria — se é que existente — parece útil, para iluminar esse caminho, fazer uma incursão, ainda que breve, pelo Direito Comparado e, em seguida, pelas manifestações doutrinárias e de órgãos oficiais (normativas ou não) encontradas no Brasil.

3. TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DAS CRIPTOMOEDAS NO DIREITO COMPARADO

De modo geral, os textos encontrados no Direito Comparado a respeito de tributação das criptomoedas costumam iniciar ou pela descrição da posição governamental, ou pelo exame acadêmico da “natureza jurídica” das criptomoedas²³.

Nesse ensejo, analisa-se, por exemplo, se as criptomoedas podem ou não ser enquadradas em conceitos tais como “moeda” (*currency*), “moeda estrangeira” (*foreign currency*), “dinheiro” (*money*), “dinheiro eletrônico” (*e-money*), “produto financeiro” (*financial product*), “mercadoria” (*commodity*), “título” ou “valor mobiliário” (*security*) “bem” (*property, good*), “ativo” (*asset*), ou “produto” (*product*), entre outras categorias com que o Direito — e, por extensão, o Direito Tributário — costuma operar.

22 SÁ, Victor. *O que é ICO?* 2017. Disponível em <<https://portaldobitcoin.com/o-que-e-ico/>>. Acesso em: 23 out. 2017.

23 Nesse sentido, por exemplo, diz Aleksandra Bal, em um dos mais interessantes artigos encontrados a respeito da tributação das criptomoedas, baseado em sua tese doutoral, que “*Before investigating tax implications of digital currency, it is necessary to determine its nature. Can digital money be regarded as ‘money’? Can it be treated in the same way as EUR or USD?*” - BAL, Aleksandra. *How to Tax Bitcoin?* In: CHUEN, David Lee Kuo. *Handbook of Digital Currency: Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data*. Elsevier: San Diego, 2015. p. 269.

A partir dessas premissas, os textos passam a analisar, de acordo com a legislação específica de cada País (ou comunidade de países), a relação das criptomoedas com a tributação sobre a renda (*income taxes*) e a tributação sobre o consumo (*consumption taxes — value added-taxes [VAT/IVA]* ou *goods and sales taxes [GST]*). Muito raramente aparecem, nos textos, espécies tributárias distintas dessas duas, o que chega até a causar alguma perplexidade em quem está acostumado com a complexidade do Sistema Tributário brasileiro e suas quase incontáveis espécies de tributos.

Sabemos que é preciso ter cuidado ao aludir à “natureza jurídica” de determinado instituto. Não se deve perder de vista o alerta de Genaro Carrió²⁴, segundo quem as pesquisas voltadas a definir a “natureza jurídica” de determinado instituto estão fadadas ao fracasso, “... porque lo que se busca, tal como se busca, no existe”. Deve-se ter em mente que as definições sempre envolvem (ou pressupõem) uma decisão de usá-la em certo modo e, no âmbito jurídico, encontram bom nível de limitação naquilo que, contingentemente, estabelece o direito positivo a respeito do alcance de determinada palavra ou expressão. A incursão pelo Direito Comparado, portanto, não se faz com vistas a importar uma resposta a respeito da devida classificação dos *bitcoins* e dos atos, negócios e situações que os envolvem, mas apenas com vistas a colher diferentes visões jurídicas a respeito de um mesmo fenômeno e, assim, obter alternativas de interpretação, para posteriormente analisar sua compatibilidade com nosso Estatuto Constitucional.

Por outro lado, por desconhecimento do Direito Estrangeiro, não há condição de examinar, com mínima profundidade, o acerto ou equívoco das afirmações feitas a seu respeito, razão pela qual o texto fia-se naquilo que sobre ele dizem seus descritores, limitando-se a tentar sintetizar, fiel e brevemente, suas ideias, embora consciente de que um *traduttore* é sempre, em alguma medida, um *traditore*.

Feitos esses alertas, pode-se dizer, inicialmente, que a grande maioria dos ordenamentos, embora não considere proibidas as transações em criptomoedas²⁵, rejeita, completamente, a possibilidade de tratá-las como “moeda”, rejeitando, também, sua equiparação ao *e-money*²⁶. Fazem-no, normalmente, sob os argumentos de que apenas o Estado tem competência para emitir moeda, e de que apenas as moedas emitidas pelo Estado têm curso forçado (curso legal).

Argumenta-se, ainda, nessa linha, que as criptomoedas careceriam de características normalmente atribuídas pelos ordenamentos jurídicos à moeda, como supervisão central e a possibilidade de serem retiradas de circulação, além da idoneidade para pagamento das obrigações dos cidadãos perante o Estado.

Ademais, embora haja certo consenso quanto à possibilidade de as criptomoedas servirem como meio de troca (*medium of exchange*)²⁷, é controversa a possibilidade de servirem de “unidade de conta” (*unit of account*), na medida em que, de regra, é preciso convertê-las em moeda nacional para saber o quanto efetivamente valem. Também se põe em questão a possibilidade de elas servirem como reserva de valor (*store of value*), dadas a sua enorme volatilidade, os problemas técnicos e de segurança a elas relacionados e as incertezas concernentes à sua regulação jurídica. Nega-se-lhes, com isso, não apenas o *status* de “moeda”, mas também a possibilidade de ser tomada como dinheiro (ou divisa), o que impediria sua equiparação a moeda estrangeira. Caso excepcional é o da Alemanha, cuja autoridade monetária (*BaFin*) enquadrou as criptomoedas dentre os instrumentos financeiros, na mesma classe das moedas estrangeiras, sob a categoria de “unidade de conta” (*unit of account*). Embora não tenham curso forçado, são encaradas como meio de pagamento em

24 CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 101.

25 Exceções feitas, segundo Emília Campos, à Bolívia, ao Equador, à Arábia Saudita e a Bangladesh, que proíbem o uso de criptomoedas. A China, segundo ela, proíbe o uso por pessoas jurídicas e proíbe ofertas públicas de títulos lastreados em *Bitcoins* (ICO's). CAMPOS, Emília. *Criptomoedas: Aspectos Regulatórios e Tributários*. 2017. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:lhYiMNXqHMJ:direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/criptomoedas_aspectos_regulatorios_e_tributarios.pptx+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-ab>. Acesso em: 20 out. 2017.

26 Nesse sentido, por exemplo, a Diretiva 2009/110/CE, do Parlamento Europeu.

27 Conquanto seja um fraco catalisador de trocas – “... a weak barter catalyst” –, dado o número limitado de estabelecimentos que o aceitam – BAL, Aleksandra. How to Tax Bitcoin? In: CHUEN, David Lee Kuo. *Handbook of Digital Currency: Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data*. Elsevier: San Diego, 2015. p. 269.

transações privadas, de maneira semelhante ao que ocorre com o dinheiro privado ou regional²⁸⁻²⁹. Outro caso excepcional é o do Japão, que, conforme mencionado anteriormente, parece também ter dado, aos pagamentos feitos mediante o uso de criptomoedas, eficácia liberatória das obrigações às quais se referem.

Rejeita-se, por igual, de modo geral, a possibilidade de tratar-se de valor mobiliário (*security*), debaixo da definição que cada Estado dá à palavra³⁰. No Canadá, por exemplo, Stuart Hoegner e Jillian Friedman³¹ observam que a definição de “*security*” é larga tanto na legislação de Ontario como na de Quebec, mas, mesmo assim, as criptomoedas nela não se enquadram, porque não são “[...] emitidas por nenhuma pessoa ou companhia, mas por meio de um software de código-fonte aberto que remunera computadores... em razão de contribuírem com poder computacional para dar suporte e segurança à rede [...]”.

De maneira geral, porém, consideram-se, em tese, aplicáveis aos *bitcoins*, pelo menos para fins civis e comerciais, palavras tais como “ativo” (*asset*), eventualmente acompanhado pelo adjetivo “intangível”, “propriedade” (*property*), “bem” (*good*), “mercadoria” (*commodity*), entre outras.

Em razão da adoção dessas premissas, as transações em que se adquire um bem mediante pagamento em criptomoedas tendem a ser vistas como permutas (*barter trades*), e não como atos de compra e venda. Não obstante, as permutas são, regra geral, considerados atos capazes, em tese, de suscitar a incidência da tributação sobre o consumo e de gerar, para o alienante, renda tributável. Também se entende que o pagamento de um serviço em *bitcoins* não muda sua natureza, de modo que igualmente não tem relevância para a incidência, nessas operações, dos tributos sobre o consumo e a renda.

Há maior controvérsia, porém, na tributação das operações mediante as quais se trocam criptomoedas por dinheiro (nacional ou estrangeiro).

Como, na maioria dos países, as prestações de serviço e os fornecimentos de produtos e mercadorias são tributados sob um mesmo tipo tributário, que onera o valor agregado em cada operação de uma circulação econômica – IVA (VAT) ou GST/HST – pouca discussão há a respeito de se a atividade de trocar criptomoedas por moeda corrente ou estrangeira corresponde a um fornecimento de mercadorias ou a uma prestação de serviços³². A distinção ganha relevo, porém, quando se discute a aplicabilidade de isenções específicas para determinadas operações, qualificadas como movimentação de mercadorias ou prestação de serviços, como a que existe, no IVA europeu, para os serviços financeiros.

Inicialmente, as autoridades de alguns países europeus manifestaram-se no sentido de que os *bitcoins* não

28 Cita-se, como exemplo de “dinheiro regional”, a *Chiemgauer*, usada em partes da Bavária. Segundo Von Unruh, o uso de dinheiro privado é ilegal na Alemanha, de acordo com a seção 35 do Bundesbank Act, embora seu uso seja tolerado, por ser visto como um fenômeno menor, que não ameaça o monopólio estatal da emissão de moeda. Contudo, conforme o autor esclarece, essa disposição não se aplica às criptomoedas, na medida em que elas “... não são emitidas como moedas, cédulas, certificados ou coisa parecida”. Tradução livre. No original: “... they are not issued as coins, banknotes, certificates, or anything of the kind”. VON UNRUH, Cristoph-Nikolaus. Germany. In: BRITO, Jerry (Coord.). *The Law of Bitcoin*. IUniverse: Bloomington, 2015. p. 2-3. E-book.

29 THE LAW LIBRARY OF THE CONGRESS. *Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions*. 2014. p. 10. Disponível em: <<https://www.loc.gov/law/help/bitcoin-survey/regulation-of-bitcoin.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017. No mesmo sentido: BAL, Aleksandra. How to Tax Bitcoin? In: CHUEN, David Lee Kuo. *Handbook of Digital Currency: Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data*. Elsevier: San Diego, 2015. p. 279.

30 Citam-se, como exemplos, as manifestações de autoridades da Finlândia e da Estônia. THE VON UNRUH, Cristoph-Nikolaus. Germany. In: BRITO, Jerry (Coord.). *The Law of Bitcoin*. IUniverse: Bloomington, 2015. p. 7;9. E-book.

31 Tradução livre. No original, em inglês: “... issued by any person or company but through the running of open source software that rewards computers... for contributing computing power to supporting a securing the network...” HOEGNER, Stuart; FRIEDMAN, Jillian. Canada. In: BRITO, Jerry (Coord.). *The Law of Bitcoin*. IUniverse: Bloomington, 2015. p. 80. E-book.

32 Segundo relatório da OCDE de 2016, 167 países adotam algum tipo de imposto sobre o valor agregado. Curiosamente, porém, esse relatório inclui, em tal lista, o Brasil, o que parece equivocado, na medida em que o ISS incide sobre o preço da prestação do serviço, e não apenas sobre o valor a ele agregado pelo prestador, enquanto o ICMS e o IPI, a despeito da não-cumulatividade fundada em regime de aproveitamento de créditos, também não podem ser considerados impostos sobre o valor agregado. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO - OCDE. *Consumption Tax Trends 2016. VAT/GST Excise Rates, Trends and Policy Issues*. 2016. p. 19;181-184. Disponível em: <http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/consumption-tax-trends-2016_ctt-2016-en>. Acesso em: 23 out. 2017.

são instrumentos financeiros e, conseqüentemente, as operações que os tivessem por objeto não poderiam ser consideradas serviços financeiros, para fins de isenção ao VAT/IVA ou GST³³. Nessa linha, houve quem sugerisse, como expressamente o fizeram autoridades na Dinamarca, que o fornecimento de *bitcoins* fosse tratado como um serviço eletrônico (tributável)³⁴.

Por outro lado, houve quem se manifestasse no sentido de serem isentas do VAT as operações de troca de *bitcoins* por moedas tradicionais, como o fez a autoridade fiscal do Reino Unido (*Her Majesty's Revenue and Customs – HMRC*)³⁵.

Em agosto de 2015, a Corte de Justiça da União Europeia parece ter dirimido a questão, ao analisar um caso em que a agência fiscal da Suécia (*Skatteverket*) discutia com David Hedqvist — cidadão daquele país que pretendia operar *exchanges* de *bitcoins* por meio de uma sociedade —, se a operação seria ou não sujeita à incidência do IVA (isto é, do VAT - *value-added tax*).

O Tribunal europeu manifestou-se, de um lado, no sentido de que essas operações “... não cabem no conceito de ‘entrega de bens’...”, ínsito à noção de “mercadoria”, porque não se qualificam como “bens corpóreos”, tal como exige o art. 14, n.º. 1, da Diretiva 2006/112/CE, tratando-se, pois, de serviços³⁶.

De outro lado, entendeu pela aplicação, a tais serviços, das isenções do art. 135, n.º. 1, “e”, da Diretiva 2006/112/CE para as operações de câmbio, isto é, as operações “...relativas a divisas, papel-moeda e moeda com valor liberatório...” (exceto aquelas moedas de interesse numismático). A interpretação baseou-se no entendimento **(i)** de que a finalidade dessas isenções é “... atenuar as dificuldades ligadas à determinação do valor tributável e do montante do IVA dedutível...”; **(ii)** de que os termos utilizados para defini-las não devem ser “... interpretados de maneira a privá-las de seus efeitos”; **(iii)** de que “... as diferentes versões linguísticas...” do dispositivo “... não permitem determinar, sem ambigüidade...”, se a isenção se aplica “... somente às operações relativas às divisas tradicionais, ou se, pelo contrário, incide também sobre as operações que implicam outra divisa”; e **(iv)** de que, “Se houver divergências linguísticas, o alcance da expressão em causa não pode ser apreciado com base numa interpretação exclusivamente textual”³⁷⁻³⁸.

Importante esclarecer que, como, de maneira geral, somente são tributáveis (*taxable persons*) pelo IVA (VAT) e congêneres as pessoas habitualmente voltadas à realização de operações do gênero — ou melhor, as pessoas que fornecem bens e serviços na base de uma atividade econômica — as vendas, puras e simples, de moedas virtuais, entre particulares, tendem a ser vistas como não tributáveis pelos impostos sobre o consumo. Então, mesmo que se entenda, no futuro, por afastar a aplicação dessas isenções, a troca, entre particulares, de criptomoedas por dinheiro, que não constitua relação comercial ou de consumo, tenderá a ser vista como não tributável.

33 Foi o que fizeram questão de dizer, por exemplo, o Ministro das Finanças da Holanda (*Ministerie van Financiën*), a Diretoria de Tributação da Noruega (*Skatteetaten*), o Ministro das Finanças da Eslovênia (*Davna uprava Republike Slovenije*) e a Receita e Alfândega da Estônia (*Maksu-jä Tolliamet*). BAL, Aleksandra. How to Tax Bitcoin? In: CHUEN, David Lee Kuo. *Handbook of Digital Currency: Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data*. Elsevier: San Diego, 2015. p. 277-279. Foi, também, a posição expressada pela Dinamarca. THE LAW LIBRARY OF THE CONGRESS. *Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions*. 2014. p. 7. Disponível em: <<https://www.loc.gov/law/help/bitcoin-survey/regulation-of-bitcoin.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

34 THE LAW LIBRARY OF THE CONGRESS. *Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions*. 2014. p. 7. Disponível em: <<https://www.loc.gov/law/help/bitcoin-survey/regulation-of-bitcoin.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017. É nessa linha, também, a interpretação de Aleksandra Bal - BAL, Aleksandra. How to Tax Bitcoin? In: CHUEN, David Lee Kuo. *Handbook of Digital Currency: Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data*. Elsevier: San Diego, 2015. p. 274-275;277

35 BAL, Aleksandra. How to Tax Bitcoin? In: CHUEN, David Lee Kuo. *Handbook of Digital Currency: Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data*. Elsevier: San Diego, 2015. p. 279.

36 É que, segundo o art. 24, n.º. 1, da Diretiva, “Entende-se por ‘prestação de serviços qualquer operação que não constitua uma entrega de bens’”.

37 UNIÃO EUROPEIA. Corte de Justiça. Quinta Seção. *Acórdão no processo C-264/14*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=170305&doclang=PT>>. Acesso em: 23 out. 2017.

38 Já era nesse sentido a interpretação dada por VON UNRUH, Christoph-Nikolaus. Germany. In: BRITO, Jerry (Coord.). *The Law of Bitcoin*. IUiverse: Bloomington, 2015. p. 24-29. E-book.

Dentre os que entendem as operações das *exchanges* como passíveis de tributação, uma das principais discussões diz respeito à definição de onde, afinal, se considera ocorrido o fornecimento da criptomoeda (*place of supply*), para fins da incidência do VAT (IVA), isto é, se no local de residência do vendedor, do comprador ou da *exchange*. Há, ainda, discussões a respeito de como definir qual é o local de residência/domicílio, para esses fins, com o apontamento das dificuldades que há, para tanto, num ambiente virtual e descentralizado³⁹.

Por outro lado, os ganhos na alienação de moedas virtuais são, de regra, vistos como tributáveis pelo imposto de renda, ou como ganho de capital (*capital gains*), ou como receita ordinária (operacional), sujeita a inclusão na base de cálculo do imposto da pessoa física ou jurídica que tenham essa atividade econômica como objeto (*business income*). Quando se trata de ganho de capital, a carga tributária costuma variar em função do tempo de retenção (*short-term/long-term*) do investimento até sua alienação⁴⁰. O tratamento das perdas, porém, é mais disforme, havendo países que as reputam não dedutíveis da base de cálculo do imposto, por falta de previsão legal específica⁴¹.

Finalmente, há alguns estudos a respeito da tributação da recompensa da mineração (*mining reward* — aquela paga pela rede em contrapartida à bem-sucedida inclusão de um novo bloco na *Blockchain*) e da taxa de mineração (*mining fee* — aquela paga por alguém envolvido numa operação específica de transferência de *bitcoins*). Não encontramos manifestações a respeito da subsunção desses pagamentos aos impostos sobre a renda, mas parece não haver muita dúvida de que há, sim, em tese, essa sujeição.

No que concerne ao IVA (VAT), Aleksandra Bal⁴² manifesta o entendimento de que a atividade de mineração está fora do seu âmbito de incidência, porque, “Embora pareça que os mineradores de bitcoin prestam um serviço... pelo qual são pagos em *Bitcoin*, nem todo minerador é recompensado”. E quanto mais mineradores competem, “... menos recebem recompensa por seus esforços de mineração”. Ela não distingue entre a recompensa da mineração e a taxa da mineração.

Von Unruh⁴³ chega à mesma conclusão em relação à recompensa da mineração, porém, partindo de premissa diferente. Ele entende que a atividade não é tributável porque “... faltam duas partes identificáveis como participantes da transação”, na medida em que “Os beneficiários do serviço... não são uma pessoa ou órgão identificáveis”.

Por outro lado, para o autor, coisa distinta se passa quando do recebimento da taxa de mineração, porque, nesse caso, pode-se identificar o serviço como tendo sido prestado “... às duas partes envolvidas na transferência da criptomoeda”, transação essa que é validada em razão do esforço do minerador⁴⁴. Aqui, entende ele, a tributação dependerá de considerar-se o *bitcoin* uma *commodity* ou dinheiro privado, pois, a seu ver, nesta última hipótese, aplicar-se-iam as isenções contempladas pela legislação europeia para os serviços financeiros.

39 BAL, Aleksandra. How to Tax Bitcoin? In: CHUEN, David Lee Kuo. *Handbook of Digital Currency: Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data*. Elsevier: San Diego, 2015. p. 275-277.

40 PEREZ, William. *How Bitcoins Are Taxed? The Tax Implications of bitcoins and staying organized*. 2017. Disponível em: <<https://www.thebalance.com/how-bitcoins-are-taxed-3192871>>. Acesso em: 23 out. 2017.

41 É nesse sentido o posicionamento da autoridade fiscal finlandesa (*Vero Skatt*). THE LAW THE LAW LIBRARY OF THE CONGRESS. *Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions*. 2014. p. 9. Disponível em: <<https://www.loc.gov/law/help/bitcoin-survey/regulation-of-bitcoin.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

42 Tradução livre. No original, em inglês: “Although it may appear that bitcoin miners perform a service... for which they get paid in Bitcoin, not every miner is rewarded with new bitcoins”; “... fewer receive reward for their mining efforts”. BAL, Aleksandra. How to Tax Bitcoin? In: CHUEN, David Lee Kuo. *Handbook of Digital Currency: Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data*. Elsevier: San Diego, 2015. p. 275.

43 Tradução livre. No original, em inglês: “... it lacks two identifiable parties as participants in the transaction”; “The beneficiaries of the service... is not an identifiable person or body of persons” - VON UNRUH, Christoph-Nikolaus. Germany. In: BRITO, Jerry (Coord.). *The Law of Bitcoin*. IUniverse: Bloomington, 2015. p. 27. E-book.

44 Tradução livre. No original, em inglês: “... to the two parties involved in the transfer of the cryptocurrency” - VON UNRUH, Christoph-Nikolaus. Germany. In: BRITO, Jerry (Coord.). *The Law of Bitcoin*. IUniverse: Bloomington, 2015. p. 28. E-book.

4. MANIFESTAÇÕES OFICIAIS DE AUTORIDADES BRASILEIRAS E ESTUDOS SOBRE O TEMA

Ainda não há, no rigor do termo, legislação brasileira especificamente aplicável às criptomoedas. A primeira iniciativa nesse sentido é a que está contida no Projeto de Lei nº. 2.303/2015, de autoria do Deputado Federal Áureo Ribeiro (SD/RJ)⁴⁵. Por meio desse projeto, que visa a, entre outros pontos, alterar os arts. 9º e 11 da Lei nº. 12.865/2013, pretende-se incluir, expressamente, dentre os arranjos de pagamento sujeitos ao controle do Banco Central, do Conselho de Controle de Atividade Financeiras (Coaf) e dos órgãos de defesa do consumidor, aqueles “... baseados em moedas virtuais e programas de milhagens aéreas”.

Para além disso, já houve manifestações do Banco Central, da Receita Federal e da Comissão de Valores Mobiliários.

No Comunicado nº. 25.306/2014, o Banco Central, em tom de alerta sobre os riscos inerentes às criptomoedas, afirma que “... as chamadas moedas virtuais não se confundem com a ‘moeda eletrônica’ de que tratam a Lei nº. 12.865... e sua regulamentação infralegal”, porquanto “... denominadas em unidade de conta distinta das moedas emitidas por governos soberanos, e não caracterizam dispositivo ou sistema eletrônico para armazenamento em reais”. Acrescenta que elas “... não são emitidas nem garantidas por uma autoridade monetária...”, mas por entidades e pessoas “... não reguladas nem supervisionadas por autoridades monetárias de qualquer país”. Ademais, chama a atenção para a sua volatilidade e para o fato de que elas “... não têm garantia de conversão para a moeda oficial...”, de modo que todo o risco de sua aceitação fica nas mãos dos usuários. Por fim, alerta para o risco de as criptomoedas serem usadas para o financiamento de atividades ilícitas, bem como para os riscos relacionados a perdas patrimoniais em função de ataques pela Internet⁴⁶.

A Receita Federal, a seu turno, incluiu, em seu Manual de Perguntas e Respostas sobre a Declaração do IRPF de 2017, o tópico 447, em que manifesta o entendimento de que “Moedas virtuais (bitcoins, por exemplo), ... devem ser declaradas na ficha ‘Bens e Direitos’ como ‘outros bens’, uma vez que podem ser equiparadas a ativos financeiros”, devendo “... ser declaradas no valor da aquisição”. Pontua que, como não há cotação oficial para esses ativos, “... não há uma regra legal de conversão para fins tributários”, o que, todavia, não dispensa o declarante de comprovar as operações “... com documentação hábil e idônea para fins de tributação”⁴⁷.

Indo além, no item 607 do mesmo texto, a Receita Federal esclareceu que os ganhos obtidos com a alienação, num mês, de mais de R\$ 35.000,00 nessas moedas, devem ser tributados, a título de ganho de capital, à alíquota de 15%, devendo o imposto respectivo ser recolhido até o último dia útil do mês seguinte ao da transação⁴⁸. Deu, assim, tratamento distinto do aplicável aos ganhos de capital na alienação de moeda estrangeira mantida em espécie, para os quais a isenção aplicável vai até o limite de US\$ 5.000,00 no ano-calendário.

Finalmente, há poucos dias, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM expediu uma nota a respeito dos *Initial Coin Offerings* (ICOs), que conceituou como “... captações públicas de recursos, tendo como contrapartida a emissão de ativos virtuais, também conhecidos como ‘tokens’ ou ‘coins’ junto ao público investidor”. Segundo a CVM, eles, “... a depender do contexto econômico de sua emissão e dos direitos conferidos aos

45 BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 2303/2015*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=58E4651230D2307F8798689C9BA269D5.proposicoesWebExterno2?codteor=1358969&filename=PL+2303/2015>. Acesso em: 24 out. 2017.

46 BRASIL. BANCO CENTRAL. *Comunicado n. 25.306/2014*. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?method=detalharNormativo&N=114009277>>. Acesso em: 23 out. 2017

47 BRASIL. RECEITA FEDERAL. 2017 – *Imposto sobre a Renda da Pessoa Física – IRPF – Perguntas e Respostas*. p. 183-184. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/interface/cidadao/irpf/2017/perguntao/pir-pf-2017-perguntas-e-respostas-versao-1-1-03032017.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017.

48 Para as “... alienações de bens e direitos de pequeno valor, cujo preço unitário de alienação, no mês em que esta se realizar, seja igual ou inferior a ... R\$ 35.000,00...”, há isenção do imposto de renda sobre o ganho de capital (art. 22, II, da Lei nº. 9.250/1995).

investidores, podem representar valores mobiliários, nos termos do art. 2º, da Lei 6.385/76”, o que obrigaria seu ofertante a obedecer à regulamentação específica de registro da oferta pública na CVM, sob pena das sanções aplicáveis. Alertou, ainda, que, “... até a presente data, não foi registrada nem dispensada de registro nenhuma oferta de ICO no Brasil”, consignando que as *virtual currency exchanges* não estão autorizadas a disponibilizar ambientes de negociação de valores mobiliários no território brasileiro⁴⁹.

Nesse mesmo comunicado, a CVM apontou diversos riscos inerentes aos investimentos em *ICOs*, decorrentes da aquisição de moedas virtuais ou *tokens* mediante operações não registradas⁵⁰.

Para além dessas manifestações oficiais — dentre as quais, em rigor, apenas a da RFB trata de tributação —, há alguns textos em tom noticioso e algumas poucas manifestações de caráter acadêmico a respeito da tributação dos *bitcoins*.

Carlos Yuri Araújo de Moraes e João Batista Brandão Neto⁵¹, em texto que parece ser pioneiro, manifestam as seguintes posições sobre o tema:

- a. a produção de criptomoedas não está sujeita ao IPI, porque não há previsão legal nesse sentido e porque, mesmo se houvesse, a incidência seria inconstitucional, na medida em que elas não resultam de processo industrial, mas “... de operações matemáticas geradas em computadores...”;
- b. a circulação de criptomoedas não está sujeita ao IOF-câmbio, haja vista que elas não constituem moeda nacional nem estrangeira, “... afinal, não é aceita pelo ordenamento jurídico de nenhum país como moeda...”;
- c. a circulação de criptomoedas poderia estar sujeita ao IOF sobre títulos e valores mobiliários, “... no caso de determinado valor em criptomoedas estar representado em algum título mobiliário...”;
- d. a circulação de criptomoedas pode estar sujeita à incidência de ICMS, haja vista que a definição de mercadoria como bem corpóreo “... demonstra-se ultrapassada...”, fato que conduz “... a uma ampliação semântica do termo...”, sendo certo que “... aquele que compra criptomoedas de terceiro está adquirindo uma mercadoria para si”;
- e. quando, porém, dadas em pagamento ou permutadas por mercadoria, a cessão das criptomoedas não daria ensejo a ICMS, devendo-se tributar apenas a circulação da mercadoria, na medida em que, neste caso, a criptomoeda não consistiria em mercadoria, mas em simples meio de pagamento;
- f. quando dadas em retribuição a prestação de serviço, tais operações devem ser tributadas em conformidade com as regras ordinárias do ISS, devendo o fisco tomar “... por base de cálculo o valor em reais a que equivale o montante das criptomoedas recebidas”;
- g. a circulação de criptomoedas a título gratuito autoriza a tributação pelo ITCMD;
- h. a circulação transfronteiriça de criptomoedas pode ensejar a tributação pelos impostos de importação e exportação, caracterizando-se o fato quando de sua transferência “... para servidor ou banco de dados nacional...” ou “... de servidor ou banco de dados nacional para internacional...”, conforme o caso;
- i. no caso das pessoas físicas, sua alienação, seja em troca de dinheiro, seja em troca de bem mais

49 BRASIL. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Initial Coin Offering (ICO)*. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20171011-1.html>>. Acesso em: 23 out. 2017.

50 Eis os riscos apontados pela CVM: “a. Risco de fraudes e esquemas de pirâmides (“Ponzi”); b. Inexistência de processos formais de adequação do perfil do investidor ao risco do empreendimento (*suitability*); c. Risco de operações de lavagem de dinheiro e evasão fiscal/divisas; d. Prestadores de serviços atuando sem observar a legislação aplicável; e. Material publicitário de oferta que não observa a regulamentação da CVM; f. Riscos operacionais em ambientes de negociação não monitorados pela CVM; g. Riscos cibernéticos (dentre os quais, ataques à infraestrutura, sistemas e comprometimento de credenciais de acesso dificultando o acesso aos ativos ou a perda parcial ou total dos mesmos) associados à gestão e custódia dos ativos virtuais; h. Risco operacional associado a ativos virtuais e seus sistemas; i. Volatilidade associada a ativos virtuais; j. Risco de iliquidez (ou seja, risco de não encontrar compradores/vendedores para certa quantidade de ativos ao preço cotado) associado a ativos virtuais; e k. Desafios jurídicos e operacionais em casos de litígio com emissores, inerentes ao caráter virtual e transfronteiriço das operações com ativos virtuais”.

51 MORAIS, Carlos Yuri Araújo de; BRANDÃO NETO, João Batista. Tributação das Operações com Criptomoedas. *Arquivo Jurídico*, Teresina, v. 1, n. 7, p. 49-56, jul./dez. 2014.

valioso do que o custo de aquisição, é tributável segundo as regras do ganho de capital; no caso das pessoas jurídicas, sua tributação deve dar-se de acordo com o regime aplicável (lucro real, presumido ou arbitrado).

Letícia Menegassi Borges e Luiz Gustavo Doles Silva⁵², a seu turno, dizem ser admissível a tributação da renda decorrente da alienação de criptomoedas segundo as regras do ganho de capital (pessoas físicas), ou segundo as regras da tributação das pessoas jurídicas, mas reputam indevida a tributação do minerador de criptomoedas, pois entendem que a relativa falta de liquidez desse ativo, decorrente da (atualmente) baixa aceitação comercial da moeda, reduz a possibilidade de resultar em riqueza real e, assim, infirma a presença de capacidade contributiva, representada pela disponibilidade econômica da renda.

Já ao tratar do IOF, os autores têm como possível que se tribuam as operações com criptomoedas mediante equiparação às moedas estrangeiras, seguindo as regras do IOF-câmbio, desde que mediante a edição de lei que preveja essa hipótese específica de tributação.

Kevin Augusto de Souza Pereira⁵³, em monografia de conclusão de curso, opina que a aquisição de mercadorias com *bitcoins* configura permuta, e pode dar ensejo à incidência do ICMS. Já a alienação de *bitcoins* em troca de dinheiro não deve dar ensejo a ICMS, não em razão do caráter imaterial desses bens — na medida em que, para ele, está superado o conceito de “mercadoria” como bem corpóreo —, mas em virtude de que a troca é feita entre particulares, “... sem caráter mercantil”. E isso, diz, independentemente de se tratar de compra e venda direta entre particulares ou de compra e venda realizada por meio de “corretora”, tendo em vista que esta atua apenas como “...intermediária da negociação, ao fornecer uma plataforma para os particulares transacionarem”.

No tocante à tributação sobre a renda, o autor considera possível a tributação dos ganhos havidos na alienação da criptomoedas segundo as regras do ganho de capital.

Cláudia Petit Cardoso⁵⁴ pugna por uma regulamentação mais específica do tema, e entende estarem ainda sem resposta as seguintes questões: “Está correto utilizar as cotações como a do Mercado Bitcoin para o cálculo dos ganhos?”; “As doações das bitcoins estão sujeitas ao ITCMD?”; “As intermediações de compra e venda podem ser consideradas tributáveis pelo ISS?”; e “Nas conversões para reais há IOF?”.

Tiago Espellet Dockhorn e Thaís Blumer Albanezi⁵⁵, ao mesmo tempo em que reconhecem haver incertezas sobre o tema, alertam para probabilidade de a Receita Federal entender pela sujeição, ao imposto de renda retido na fonte, dos pagamentos efetuados, em *bitcoins*, a residente no exterior, por fonte situada no país.

Por fim, Paulo Henrique Freitas e Talita Ritz Santana⁵⁶, para além de alertar para a tributação pelo imposto de renda, chamam a atenção para o fato de que outras operações, “... tais como doações das criptomoedas (que estariam sujeitas ao ITCMD)” e “...intermediações de compra e venda (tributáveis pelo ISS) ...” pode-

52 BORGES, Letícia Menegassi; SILVA, Luiz Gustavo Doles. O Regime Jurídico Tributário Aplicável às Criptomoedas. In: ELIJASKEVICIUTE, Addy Mazz; FEITOSA, Raymundo Juliano; SOUZA, Roney José Lemos Rodrigues de. Direito Tributário e Financeiro I. *Anais do V Encontro Internacional do CONPEDI*. Montevideu, Uruguai. Florianópolis, CONPEDI, 2016, p. 162-169. Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/e0t8aw62/a299kp8E5RF9nWxR.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017.

53 PEREIRA, Kevin Augusto de Souza. *Bitcoin: Uma Análise Jurídico-Tributária da Moeda Virtual*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Amazonas – UFAM, Manaus, 2016. Disponível em <<http://asjur.com.br/pdfs/TCC%20-%20Kevin.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017

54 CARDOSO, Cláudia Petit. *Por uma regulamentação do uso e tributação do bitcoin*. 2017. Disponível em: <<http://computerworld.com.br/por-uma-regulamentacao-do-uso-e-tributacao-do-bitcoin>>. Acesso em: 24 out. 2017.

55 DOCKHORN, Tiago Espellet; ALBANEZI, Thaís Blumer. *Imposto de Renda sobre Pagamentos em Bitcoins*. 2017. Disponível em: <<https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/tributario-ij/imposto-de-renda-sobre-pagamentos-em-bitcoins>>. Acesso em: 24 out. 2017.

56 FREITAS, Paulo Henrique de F; SANTANA; Talita F. Ritz. *Bitcoins: tributação no sistema brasileiro*. 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/4602071/bitcoins-tributacao-no-sistema-brasileiro>>. Acesso em: 24 out. 2017.

riam dar ensejo à incidência dos tributos, sendo, porém, “... necessária uma análise em cada caso concreto”.

Não é o caso, nem haveria espaço, neste curto artigo, para tratar de cada uma das hipóteses e cada um dos tributos cogitados pelos autores, mas procuramos selecionar, dentre os temas acima versados, aqueles que nos pareceram mais interessantes, para analisar seus possíveis tratamentos pela Constituição Tributária.

5. O SISTEMA BRASILEIRO DE REPARTIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS

Antes, porém, de passarmos às nossas considerações e indagações a respeito do modo como o Sistema Constitucional Brasileiro trata (e até que ponto trata) dos atos e negócios relativos às criptomonedas, é necessário fazer algumas ponderações a respeito de como esse sistema se estrutura, nas dobras do princípio federativo.

O Estado Brasileiro constitui uma Federação, o que significa que nele coexistem uma estrutura jurídica central, que responde pelo Estado brasileiro, e ordens parciais – União, Estados, Distrito Federal e Municípios — todas autônomas e reciprocamente isônomas, porque subordinadas única, direta e exclusivamente, à Constituição⁵⁷.

É sobretudo por meio da partilha das competências tributárias que a Constituição procura prover as pessoas políticas dos meios econômicos necessários à realização das tarefas que lhes cominou⁵⁸. Para evitar que uma pessoa política interfira na zona de ação garantida pela Constituição a outra e, assim, impeça ou dificulte a realização de suas tarefas constitucionais, essas competências tributárias devem ser privativas. E, por isso, o Constituinte brasileiro esmerou-se em reparti-las, mediante regramento intenso e minucioso, sem paralelo nos ordenamentos de outros países⁵⁹.

Realmente, como observa Humberto Ávila⁶⁰, a Constituição brasileira não define apenas os traços essenciais de todos os tributos, mas estabelece, também, “Os requisitos normativos para sua instituição...”; fazendo-o a ponto de deixar “...pouca... margem de liberdade ao legislador ordinário na tarefa de criar tributos...” e regular a sua cobrança e fiscalização⁶¹. De fato, se é certo que a Constituição não promove a regulação dos tributos na inteireza de sua disciplina, também não há dúvida de que, como bem observou José Roberto Vieira⁶², na esteira de José Souto Maior Borges, o processo de criação dos tributos se inicia na Constituição.

Por isso, falar em “conflito de competência tributária” é um contrassenso lógico; o que pode haver é um conflito de interpretações incidentes sobre uma mesma disposição de competência, em que uma das traduções — interpretações — será fidedigna à mensagem expedida pelo Constituinte, enquanto as demais não o serão⁶³.

57 Nesse sentido, diz-se que “O elemento que distingue de maneira decisiva o Estado federal do unitário é que, no primeiro, os Estados membros possuem uma certa medida de autonomia constitucional, ... de modo que as modificações das Constituições dos Estados-membros podem ser realizadas mediante leis formais dos próprios Estados-membros, mesmo que seja com as limitações impostas pela Constituição Federal” UCKMAR, Victor. *Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário*. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 94-95.

58 Nesse sentido, observam TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR e MARCO AURÉLIO GRECO que “A existência de outorga constitucional de competência tributária própria de cada entidade é decorrência da necessidade de assegurar sua autonomia, pois, se a atribuição de competência ficasse entregue ao Congresso, seria sempre uma das entidades políticas (União) a titular da aptidão de definir o que seria tributável pelas demais” – FERRAZ, Tercio Sampaio; GRECO, Marco Aurélio. *Desafios do Federalismo Fiscal Brasileiro*. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 2, p. 97, jul. 1998.

59 CHIESA, Clélio. *A Competência Tributária do Estado Brasileiro*: desonerações nacionais e imunidades condicionadas. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 27.

60 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema Constitucional Tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 109.

61 PIZOLIO, Reinaldo. *Competência Tributária e Conceitos Constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 76.

62 VIEIRA, José Roberto. E, Afinal, a Constituição Cria Tributos! In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Teoria Geral da Obrigação Tributária*: Estudos em Homenagem ao Professor José Souto Maior Borges. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 629-633.

63 VIEIRA, José Roberto. IPI x ICMS e ISS: Conflitos de Competência ou Sedução das Aparências? In: SANTI, Eurico Marcos

Essa partilha de nada serviria se as pessoas contempladas com as competências tributárias pudessem alterar, a seu bel prazer, a extensão dos “poderes” que lhes foram outorgados⁶⁴. Diz-se, por isso, que é condição de viabilidade da Federação a rigidez das disposições constitucionais que atribuem as competências tributárias às pessoas jurídicas de direito público interno⁶⁵.

A rigidez é entendida, em primeiro lugar, como a impossibilidade de as pessoas políticas promoverem, a seu talante, a extensão dos conceitos por meio dos quais a Constituição designa o objeto da competência. Isso significa que a rigidez constitucional vai além das disposições de competência, para proteger, também, as normas, ou seja, os significados que se podem extrair dessas disposições.

Nesse sentido, diz Reinaldo Pizolio⁶⁶ que, embora a Constituição outorgue competências tributárias mediante o uso de conceitos vagos ou ambíguos, por maior que seja a dificuldade na interpretação do conceito, há sempre um “... conteúdo semântico mínimo...”, que não pode ser desprezado.

Corolário lógico disso é que, muito embora a Constituição se tenha utilizado, no mais das vezes, da técnica do “*nomen iuris*” dos tributos, para conferir as competências a eles relativas, não deu liberdade aos entes competentes para fazer com esses conceitos o que bem lhes aprouvesse, pois, como observa Amílcar Falcão⁶⁷, “... a indicação do fato gerador está implícita no *nomen juris* utilizado...”, devendo os entes competentes, para criar normas de incidência válidas, conjugá-lo “... com as regras e princípios que decorrem do conjunto do sistema e das relações de tensão e de recíproca influência que provêm da definição das diferentes áreas de competência”.

Em segundo lugar, aludir à rigidez do sistema constitucional de repartição de competências tributárias é apontar para a característica segundo a qual algumas disposições normativas desse capítulo da Constituição Federal são simplesmente imodificáveis – art. 60, § 4º, – enquanto a alteração das demais, por via de emenda à Constituição, está sujeita a processo legislativo mais complexo do que o exigido para a alteração das leis infraconstitucionais.

Há, portanto, um fechamento normativo do sistema de repartição das competências tributárias. Isso não impede, porém, que ocorram mudanças cognitivas nas normas que o compõem, decorrentes de alterações no sentido ou alcance das disposições constitucionais, “... por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do Estado”⁶⁸. Trata-se do que se convencionou chamar “mutação constitucional”. Um bom exemplo de mutação constitucional é o que parece ter ocorrido com o conceito de “livro”, palavra utilizada para delimitar as competências tributárias pela via da imunidade, e que, em certa medida, teve seu sentido ou alcance modificado após o advento dos livros eletrônicos e congêneres.

Ainda nessa linha, como o Direito Tributário é, em grande medida, um direito de sobreposição, que remete, na definição de seus preceitos, a categorias de outros ramos do Direito — em especial o Direito de Empresa e o Direito Civil, na linha do que dispõe o art. 110 do Código Tributário Nacional —, há mu-

Diniz de; CANADO, Vanessa Rahal (Coord.). *Direito Tributário: Tributação do Setor Industrial*. São Paulo: Saraiva; FGV, 2012. p. 49-101. (Série GVlaw)

64 Diz Humberto Ávila que isso é decorrência de as normas que conferem competências terem natureza de regras, e não de princípios. Em suas palavras, “O decisivo é que a Constituição Brasileira não permitiu a tributação pelo estabelecimento de princípios, o que deixaria parcialmente aberto o caminho para a tributação de todos e quaisquer fatos condizentes com a promoção dos ideais constitucionalmente traçados. Em vez disso, a Constituição optou pela atribuição de poder por meio de regras especificadoras, já no plano constitucional, dos fatos que podem ser objeto de tributação. Essa opção pela atribuição de poder por meio de regras implica a proibição de livre ponderação do legislador a respeito dos fatos que ele gostaria de tributar, mas que a Constituição deixou de prever” – ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema Constitucional Tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 163.

65 E, como aponta Sampaio Dória, na história do federalismo financeiro brasileiro verifica-se uma “... *progressiva rigidez do sistema*” – SAMPAIO DÓRIA, Antonio Roberto. *Discriminação de rendas tributárias*. São Paulo: Bushatsky, 1972. p. 43.

66 PIZOLIO, Reinaldo. *Competência Tributária e Conceitos Constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 90-91.

67 FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Sistema Tributário Brasileiro: Discriminação de Rendas*. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1965. p. 26.

68 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 61-62

danças na competência tributária que são naturalmente decorrentes da reclassificação dos atos e negócios jurídicos por esses outros ramos do Direito. Por exemplo, a partir do momento em que se criaram novos direitos reais, como o direito real de habitação, sua alienação onerosa passou a subsumir-se ao arquétipo constitucional do ITBI.

Tudo isso dificulta sobremaneira a atividade do intérprete do Sistema Constitucional Tributário, que se vê obrigado a lidar com conceitos que, além de serem vagos e ambíguos, podem estar mudando de sentido, em função de mutação constitucional ou de alterações no Direito Privado. No tópico seguinte, tentaremos deixar manifestas as dificuldades inerentes ao enquadramento constitucional-tributário das criptomoedas e das operações com elas relacionadas.

6. DIFICULDADES NA IDENTIFICAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS ATINENTES AOS NEGÓCIOS, ATOS E SITUAÇÕES JURÍDICAS COM CRIPTOMOEDAS

Como observamos, de maneira geral, os autores nacionais que tratam do tema da tributação das criptomoedas parecem centrar sua análise no estudo de cada tributo específico, buscando dar respostas imediatas a respeito de se as operações com criptomoedas se subsomem ou não a eles, sem levar em conta as dificuldades inerentes ao seu enquadramento num sistema rígido de repartição de competências tributárias, caracterizadas por serem privativas.

Talvez por isso tenhamos, em comparação com eles, muito mais dúvidas do que certezas, muito mais perguntas do que respostas. E isso tanto na classificação jurídica das criptomoedas, para fins civis, quanto na classificação constitucional-tributária das situações, atos e negócios jurídicos em que elas figurem. Sem a menor pretensão de tratar de todos os temas, tentaremos ilustrar, com exemplos, algumas dessas convicções e dúvidas.

Estamos certos, por exemplo, de que a Constituição ofereceu um conceito de “moeda” ao qual as “criptomoedas” não se podem subsumir. Afinal, segundo os arts. 21, VII, 48, XIV e 164, da CF, compete à União, por meio do Banco Central, segundo as regras ditadas pelo Congresso Nacional, emitir moeda e regular sua oferta. Ademais, o Congresso efetivamente exerceu sua competência e definiu o curso legal (ou forçado) do “Real” (art. 1º da Lei n.º 9.069/95), vedando a recusa à sua aceitação como meio de pagamento das dívidas de caráter pecuniário (art. 1º do Decreto-Lei n.º 857/1969).

Assim, se considerarmos que, ao falar em “dinheiro”, o legislador brasileiro está se referindo, exclusivamente, à “moeda nacional” (o que também não é isento de dúvida⁶⁹), operações onerosas em que as criptomoedas sejam utilizadas como meio de pagamento não poderão ser consideradas “compra e venda” (art. 481 e seguintes do Código Civil), o que tende a atrair, para regulá-las, as normas relativas à permuta, à dação em pagamento e à cessão de bem ou direito, conforme o caso, o que, se não tem tanta importância, de modo geral, na tributação sobre o consumo, pode ter efeitos tributários relevantes na tributação da renda.

Por exemplo, o pagamento de uma mercadoria por meio de moeda nacional (compra e venda), de maneira geral, não enseja tributação para o comprador; contudo, o pagamento de uma mercadoria mediante criptomoeda (permuta) representa uma alienação desse ativo, podendo dar ensejo à tributação sobre a renda consistente na diferença entre o valor de aquisição e o valor de alienação do bem (ganho de capital)⁷⁰.

69 Sobre a não necessária equivalência entre os conceitos de “moeda” e “dinheiro”: “While it is clear that only the state can bestow legal tender status upon monetary objects, the modern concept of money is not limited to monetary objects that enjoy legal tender status in the United States. Indeed the Uniform Commercial Code (the “UCC”) defines money as a ‘medium of exchange currently authorized or adopted by a domestic or a foreign government’”. STRAUS, Ryan J. CLEARLY, Matthew J. The United States. In: BRITO, Jerry (Coord.). *The Law of Bitcoin*. IUniverse: Bloomington, 2015. p. 6. E-book.

70 Para as pessoas físicas, a compra de bens de pequeno valor por meio de criptomoedas ficará, em alguma medida, protegida por

Também pode haver diferença, na tributação da renda, para quem aliena um bem em troca de uma criptomoeda ou fração. Por exemplo, na tributação da atividade rural, a receita bruta é constituída pelo montante da venda dos produtos. Mas, quando, em vez de venda, há permuta ou dação em pagamento, é “... o valor dos produtos agrícolas entregues em permuta com outros bens ou pela dação em pagamento...” que integra a receita bruta da atividade rural, e não o valor do próprio bem recebido em virtude da permuta ou da dação em pagamento (Regulamento do Imposto de Renda, art. 61, §1º, IV), o que pode representar uma vantagem para esse tipo de operação.

Temos menos segurança, porém, em afirmar que a impossibilidade de enquadramento na noção de “moeda” impediria o enquadramento, para fins tributários, na noção de “moeda estrangeira”, muito especialmente no caso de haver, na legislação de determinado País, equiparação entre a moeda corrente nacional e as criptomoedas, ou mesmo sua aceitação como meio de pagamento, tal como parece ocorrer, por exemplo, no Japão.

Se o Brasil optar por aplicar, às criptomoedas, a restritiva legislação a respeito da circulação de moeda estrangeira⁷¹, isso talvez implique uma modificação da noção de “câmbio”, atraindo a competência privativa da União (CF, art. 153, V) para tributar as operações em que as criptomoedas são trocadas por moeda nacional, e modificando o critério de apuração da renda, que passaria a ser fundado na variação cambial, e não no ganho de capital. Tanto não se trata de um absurdo, que tratar as operações de conversão de criptomoedas em moeda nacional como “serviço de câmbio”, para fins de isenção ao VAT (IVA), foi a solução hermenêutica adotada pela Corte de Justiça da União Europeia.

De igual modo, não é de se descartar inteiramente a possibilidade de que, à luz da nossa Constituição Tributária, determinadas operações com criptomoedas venham a ser entendidas como operações com “título ou valor mobiliário”, caso que novamente atrairia a competência tributária privativa da União (CF, art. 153, V). Tanto não se trata de um disparate, que a CVM vem reputando exigível o registro, em seu sistema, das *Initial Coin Offerings (ICOs)* e de seus operadores, levando em conta, em especial, o largo conceito de “valor mobiliário” constante do art. 2º, IX, da Lei nº. 6.385/1976.

Também não parece certo descartar, de imediato, a possibilidade de que as criptomoedas sejam consideradas “mercadorias”, para fins de ICMS, especialmente se levarmos em conta que, hoje, tornou-se bastante controversa – para dizer o mínimo – a possibilidade de se restringir o seu conceito aos bens corpóreos⁷². Recentemente, aliás, foi editado o Convênio ICMS nº. 106, de 29 de setembro de 2017, que visa a disciplinar “... os procedimentos de cobrança do ICMS incidente nas operações com bens e mercadorias digitais comercializadas por meio de transferência eletrônica de dados...”, nas saídas destinadas ao consumidor final.

Ou seja, a só classificação das criptomoedas em distintas categorias de “coisas” abre um mundo de possibilidades interpretativas, às quais não convém fechar as portas de antemão.

Por outro lado, a classificação dos atos a elas relacionados segundo os conceitos utilizado pela Constituição para outorgar competências tributárias pode levar a perplexidades ainda maiores.

conta da isenção prevista no art. 22 da Lei nº. 9.250/1995, destinada à alienação de bens até R\$ 35.000,00 por mês.

71 Os art. 318 do Código Civil veda as convenções de pagamento em ouro ou moeda estrangeira, exceto nos casos previstos na legislação especial, dentre os quais estão, especialmente, aqueles previstos no art. 2º do Decreto-Lei nº. 857/1969.

72 A noção constitucional de “mercadoria” para fins do ICMS foi amplamente discutida no bojo de ações que visavam ao reconhecimento de que venda de *softwares* não se amoldava ao arquétipo constitucional do imposto. Em 1998, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº. 176.626, concluiu que o apenas o *software* de prateleira, ao circular em suporte físico, poderia ser enquadrado na noção de “mercadoria”, para fins do ICMS, mas não o licenciamento de *software*, em razão de que, nesse caso, não há transferência de propriedade e o bem envolvido é incorpóreo. Esse posicionamento foi reiterado em 1999, com o julgamento do Recurso Extraordinário nº. 199.464. Contudo, em 2010, ao julgar medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.945, o STF entendeu que a ausência de um bem corpóreo não seria relevante para afastar a cobrança do ICMS. Da ementa consta o seguinte: “(...) **Inexistência de bem corpóreo ou mercadoria em sentido estrito. Irrelevância. O Tribunal não pode se furtrar a abarcar situações novas, consequências concretas do mundo real, com base em premissas jurídicas que não são mais totalmente corretas. O apego a tais diretrizes jurídicas acaba por enfraquecer o texto constitucional, pois não permite que a abertura dos dispositivos da Constituição possa se adaptar aos novos tempos, antes imprevisíveis**”.

Em rigor, pouca coisa pode ser dita, de imediato, em caráter conclusivo, a esse respeito.

Poderíamos dizer, por exemplo, com alguma segurança, que a propriedade de criptomoedas não se subsume a nenhuma das materialidades mediante as quais a Constituição outorgou competências tributárias, de modo que sua tributação por impostos parece estar circunscrita ao plano da competência residual da União (CF, art. 154, I).

Poderíamos dizer, também, que, na maioria dos casos em que as criptomoedas forem utilizadas como meio de pagamento, e não como objeto de uma relação jurídica, esse fato não será relevante para definir a competência para tributá-lo. É dizer, independentemente de ser contratada contraprestação em dinheiro ou em criptomoedas, uma venda de mercadoria, uma prestação de serviço e uma aquisição de imóvel estarão, respectivamente, nas esferas das normas de competência desenhadas pelos arquétipos do ICMS, do ISS e do ITBI. Eventual diferença de tratamento dar-se-á no plano da aplicação dos princípios constitucionais tributários, ou no plano infraconstitucional, conforme a lei de regência desses tributos considere ou não relevante o conteúdo dessa prestação, e não na identificação do titular da competência tributária.

Os maiores conflitos que entrevemos na identificação do titular da competência tributária estão nas novas operações e negócios que as criptomoedas suscitam.

Pensemos, por exemplo, nas operações das *exchanges*, de trocar (ou intermediar a troca de) criptomoedas por moeda nacional e vice-versa.

Ao que parece, na maioria dos casos, essas empresas não compram ou vendem criptomoedas, mas apenas fornecem uma plataforma para aproximar pessoas interessadas em vendê-las e comprá-las. As criptomoedas, em regra, não são transferidas para uma carteira de sua titularidade. Nada impede, porém, que essas empresas efetivamente comprem e vendam *bitcoins*, que circulem por suas carteiras. Em cada uma dessas hipóteses, o tratamento constitucional-tributário da operação será distinto.

No primeiro caso (intermediação de venda e compra), parece indene de dúvida que se trata de numa prestação de serviço, realizada pela *exchange* em favor de vendedor e comprador. Não está tão claro, porém, se se trata de um serviço de intermediação, a exemplo de uma corretagem, em tese tributável pelo ISS municipal, ou se se trata de um serviço de comunicação, em tese tributável pelo ICMS estadual.

A tendência será dirimir a questão mediante invocação do art. 1º, §2º, da Lei Complementar nº. 116/2003, que elege a lista anexa ao seu texto como critério de discrimen entre as operações sujeitas ao ISS e ao ICMS. Como o item 10 dessa lista dá uma extensão ampla à noção de “serviços de intermediação e congêneres”, a ponto de abranger a “... intermediação de câmbio...”, a corretagem de “... contratos quaisquer...” e a intermediação “... de bens móveis ou imóveis, não abrangidos em outros itens ou subitens...”, seria fácil enquadrar, nessa hipótese, a atividade das *exchanges*. Porém, a questão não é tão simples, pois passa, primeiramente, pela necessidade de analisar se está, ou não, na esfera do legislador complementar, definir, como serviço tributável pelo ISS, um serviço que, em tese, poderia ser considerado serviço de comunicação. Afinal de contas, somente são tributáveis pelo ISS os serviços “... não compreendidos no art. 155, II...” da Constituição Federal, e, ao menos a um primeiro olhar, parece efetivamente presente, na troca de criptomoedas intermediada pelas *exchanges* mediante remuneração, “... uma relação comunicativa (formada por cinco elementos: emissor, receptor, meio de transmissão, código e mensagem transmitida)”, apta, em teoria, a suscitar a incidência do ICMS-comunicação⁷³.

Já no caso de uma *exchange*, em vez de ser mera intermediária, alienar criptomoedas de suas carteiras em troca de dinheiro, estará promovendo a circulação de mercadorias, em tese sujeitas a tributação pelo ICMS, ou uma operação com natureza de câmbio, passível de tributação pelo IOF? A questão, novamente, é polêmica,

73 MOREIRA, André Mendes. *A Tributação dos Serviços de Comunicação*. Conflitos de Competência entre Estados (ICMS) e Municípios (ISSQN). Disponível em: <<http://49ga9f10blgreaqid23bdv7s-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2010/11/ISSxICMS-ABDF.pdf>>. Acesso em: 30out. 2017.

e depende tanto de se responder qual é, afinal, o atual conceito de “mercadoria”, quanto de se investigar se não houve uma mutação da noção de “câmbio”, tal como pontuamos anteriormente.

A nosso sentir, como, até o momento, não há legislação equiparando as *exchanges* de moedas virtuais a casas de câmbio, não há que se cogitar de tributação dessas operações pelo IOF. Contudo, se advier legislação nesse sentido, como parece ter ocorrido no Japão, e como as notícias dão conta de que pode vir a ocorrer no Brasil⁷⁴, poder-se-á considerar que tal fato ampliou a competência tributária da União, autorizando a gravar as operações das *exchanges* com o IOF? Essa questão é muito menos simples de responder.

Quanto à possibilidade, em tese, de tributação pelo ICMS, parece seguro que, ao promover habitualmente a alienação de criptomoedas, as *exchanges* poderiam ser qualificadas como comerciantes (art. 4º da Lei Complementar nº. 87/1996). Contudo, a identificação das criptomoedas como “mercadorias” dependeria tanto de uma definição mais clara desse conceito, no sentido de responder se ele compreende ou não os bens incorpóreos, como de uma compreensão mais clara a respeito do que é transmitido, efetivamente, quando se “aliena” uma criptomoeda, haja vista que, como vimos, em rigor, as criptomoedas não “estão”, fisicamente, no servidor de seu titular, mas, simultaneamente, em cada nó da *Blockchain*.

Nesse ponto, parece-nos que, apesar do fato de que o que se transfere, em rigor, não é o *bitcoin*, mas o direito de utilizá-lo numa outra transação, não se pode equiparar a operação a um simples licenciamento ou cessão de direito de uso, como ocorre quando se autoriza alguém a utilizar um *software* — operação tributada pelo ISS (item 1.05 da lista anexa à Lei Complementar nº. 116/2003). Parece, em vez disso, que se trata mesmo de uma transmissão de direito de propriedade, pois envolve o direito de dispor, que é, afinal, o maior dos poderes enfeixados pelo proprietário de um bem (Código Civil, art. 1.228). Portanto, parece-nos que, pelo menos por enquanto, a tributação dessas operações estaria afeta à competência dos Estados membros, debaixo das regras do ICMS.

Pensemos, agora, a respeito das operações realizadas pelos mineradores, remuneradas mediante recompensa (*miner reward*) ou taxa (*miner fee*).

Parece certo que se trata, em certo sentido, de um serviço. Trata-se, afinal de contas, de uma utilidade imaterial prestada em favor de outrem, mais precisamente em favor da rede e dos utentes cujas transações venham a ser validadas graças ao esforço dos mineradores. Contudo, isso não significa que se trate de serviço tributável.

Primeiramente, porque, como é cediço, apenas a prestação de serviço feita em cumprimento a obrigação contratual pode ensejar a incidência do ISS. Como apontam, entre outros, Marcelo Caron Baptista e Marçal Justen Filho, a natureza “... *bilateral*...” ou “... *sinalgmática*...” é essencial à configuração do fato que dá azo à incidência do imposto⁷⁵. Contudo, nem o minerador sabe de quem são as transações que seu esforço está tentando validar, nem o usuário da rede sabe quem, efetivamente, validará a sua transação. Na mineração, o usuário do serviço não tem o direito de tomá-lo, nem o minerador tem o dever de prestá-lo. Minerar, para o minerador, é um ônus, e não uma obrigação.

Segundo, porque o contrato de prestação de serviços, cuja execução pelo prestador pode dar ensejo à tributação pelo ISS, é um contrato comutativo, e não aleatório. De fato, segundo ensina Teresa Ancona Lopez, o contrato de prestação de serviços tem “...prestação e contraprestação conhecidas pelas partes...”, e nele “... não deve haver álea...”⁷⁶. Contudo, como vimos, a inclusão de determinado bloco de transações na *Blockchain* não depende apenas do esforço do minerador, mas, também, de uma certa dose de sorte, na

74 CRIPTOMOEDAS FÁCIL. *Brasil deve copiar modelo do Japão para regulamentar o Bitcoin*. 2017. Disponível em: <<https://www.criptomoedasfacil.com/brasil-deve-copiar-modelo-do-japao-para-regulamentar-o-bitcoin/>>. Acesso em: 30 out. 2017.

75 BAPTISTA, Marcelo Caron. *ISS: do texto à norma*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 269-270; JUSTEN FILHO, Marçal. *O Imposto sobre serviços na Constituição*. São Paulo: RT, 1985. p. 80.

76 LOPEZ, Teresa Ancona. Comentários ao código civil – parte especial: das várias espécies de contratos (arts. 565 a 652). In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao código civil*. v. 7. p. 206.

medida em que um novo bloco somente será adicionado à cadeia se outros *nodes* passarem a utilizá-lo como ponto de partida para validação das transações subsequentes.

Em terceiro lugar, ainda que o minerador possa vir a receber algum tipo de remuneração por sua atividade, é duvidosa a possibilidade de classificar sua prestação de serviços como onerosa, não apenas por conta da álea aí envolvida, mas também pelo fato de que não há preço ajustado entre ele e os utentes da rede, cujas operações podem, inclusive, acabar sendo validadas independentemente do recolhimento das taxas.

Ainda assim, alguém poderia argumentar que, ao aderir à rede de circulação de determinada criptomoeda, tanto os mineradores como os usuários aderem ao seu protocolo de funcionamento, que, bem ou mal, contém as regras debaixo das quais a atividade do minerador será remunerada, bem como os casos em que deverá haver algum tipo de pagamento de taxa por parte do usuário. Além disso, tanto os mineradores sabem que podem vir a validar operações de qualquer pessoa, como os usuários sabem que sua operação poderá vir a ser validada por qualquer minerador. A pergunta que fica é: será isso suficiente para caracterizar o sinalagma, a comutatividade e a onerosidade? Se sim, estaremos no campo de tributação do ISS; se não, a competência para tributar essas operações será da União, na forma do art. 154, I, da Constituição Federal (competência residual).

De nada adianta promover a análise da legislação específica de cada tributo antes de responder quem, afinal, é o ente federado competente para tributar a operação. Aliás, se é difícil identificar o ente materialmente competente para tributar uma determinada operação, há, ainda, dificuldades adicionais decorrentes da impossibilidade de se conhecer a localização dos *bitcoins* e dos usuários da rede.

Por exemplo, como não se sabe, afinal, onde o *bitcoin* está, na medida em que ele não se vincula, fisicamente, a lugar algum, será possível cogitar de que ele seja importado ou exportado, no sentido plasmado nos arquétipos dos tributos voltados a gravar o comércio exterior? Note-se que, para solucionar essa questão, não há a possibilidade de recorrer ao critério do local do servidor, pois o *bitcoin* não corresponde a um arquivo de computador, vinculado a uma máquina, mas sim a um código que está, simultaneamente, em cada nó da rede. Em rigor, a própria noção de território, tão cara à tributação do comércio exterior, é desafiada pela tecnologia subjacente às moedas virtuais⁷⁷.

Na mesma linha, como é impossível ao minerador saber quem eram e onde estavam as partes envolvidas nas operações que validou, não será possível saber se, afinal de contas, sua atividade consistiu, ou não, em uma exportação de serviço, para fins de ISS, da mesma forma que será impossível à *exchange* saber se a alienação de criptomoedas representou ou não uma exportação ou importação, para fins de ICMS.

Tudo isso confirma a necessidade de que os estudos nessa seara iniciem pela análise do sistema de repartição de competências, em vez de pelo estudo de cada tributo específico.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As criptomoedas, categoria cujo principal representante é o *Bitcoin*, são moedas virtuais, conversíveis, descentralizadas, e protegidas por criptografia assimétrica. A tecnologia nelas envolvida possibilita o envio de valores, de parte a parte, sem a necessidade de um terceiro que garanta a incorrência de gasto duplo.

Por se tratar de um meio de troca, essas criptomoedas podem, da mesma forma que o dinheiro, estar associadas a, praticamente, todos os outros tipos de atos, negócios e situações jurídicas conhecidos. Por outro lado, há, associados às criptomoedas, eventos de valor econômico muito diferentes dos até então conhecidos, como a mineração, os *ICOs*, as operações das *exchanges* e os *hard forks*.

⁷⁷ SOUZA, Ranidson Gleyck Amâncio. Território das criptomoedas: limites à regulamentação estatal quanto à circulação de moedas no ciberespaço e possíveis alternativas. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

Como provam a análise do direito comparado e as poucas manifestações doutrinárias, há múltiplas possibilidades de interpretar juridicamente os eventos econômicos relacionados às criptomoedas, tanto aqueles em que elas funcionam como simples meio de pagamento, quanto aqueles em que elas são o próprio objeto da relação jurídica.

Ocorre que, no Brasil, por conta do caráter federativo e constitucionalmente rígido do sistema de repartição das competências tributárias, em que os conceitos utilizados pela Constituição para a outorga de competências tributárias têm grande relevância, todas e cada uma dessas possibilidades interpretativas têm de ser levadas em conta antes de se poder descer ao exame da legislação relativa a cada tributo. Não se pode recorrer às leis complementares e ordinárias antes de chegar o mais próximo possível de esgotar o enfrentamento constitucional da matéria.

O problema é que, para além das dificuldades inerentemente decorrentes do caráter vago e ambíguo dos conceitos utilizados pelo constituinte para outorgar competências tributárias, fenômenos como a mutação constitucional e as alterações nas classificações de atos e negócios jurídicos feitas pelo Direito Privado, tão comuns quando se está diante de inovações tecnológicas, tendem a tornar a tarefa do intérprete ainda mais difícil.

Ao que nos parece, na maioria dos casos em que a criptomoedas forem utilizadas como meio de pagamento, no lugar da moeda corrente ou de qualquer outro bem, esse fato não será relevante para fins de definir o titular da competência para tributar a operação, ainda que possa conduzir a um tratamento tributário distinto no plano das normas de incidência.

Contudo, quando as criptomoedas forem o foco da operação — como no caso das atividades de *exchanges* e mineradores — os conflitos interpretativos a respeito das disposições de competência tendem a ser mais acentuados. Nas operações das *exchanges*, vislumbramos possíveis conflitos na definição de sua tributação, conforme for o caso, pelo ICMS-comunicação, pelo ISS, pelo ICMS ou pelo IOF. Já nas operações dos mineradores, entrevemos dificuldades na interpretação de se se trata, ou não, de uma prestação de serviço efetivamente tributável pelo ISS, embora a resposta nos pareça negativa, dadas a aparente inexistência de sinalagma, a presença de aleatoriedade e a ausência de onerosidade na atividade realizada pelo minerador.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Jacqueline de Souza. Passado, presente e futuro da criptografia forte: desenvolvimento tecnológico e regulação. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.
- ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea y Depalma, 1998.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema Constitucional Tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BAL, Aleksandra. How to Tax Bitcoin? In: CHUEN, David Lee Kuo. *Handbook of Digital Currency: Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data*. Elsevier: San Diego, 2015. p. 267-282.
- BAPTISTA, Marcelo Caron. *ISS: do texto à norma*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- BORGES, Letícia Menegassi; SILVA, Luiz Gustavo Doles. O Regime Jurídico Tributário Aplicável às Criptomoedas. In: ELIJASKEVICIUTE, Addy Mazz; FEITOSA, Raymundo Juliano; SOUZA, Roney José Lemos Rodrigues de. *Direito Tributário e Financeiro I. Anais do V Encontro Internacional do CONPEDI*. Montevideo, Uruguai. Florianópolis, CONPEDI, 2016, p. 162-169. Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/e0t8aw62/a299kp8E5RF9nWxR.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017.
- BRASIL. BANCO CENTRAL. *Comunicado n. 25.306/2014*. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/>>

normativo/detalharNormativo.do?method=detalharNormativo&N=114009277>. Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 2303/2015*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=58E4651230D2307F8798689C9BA269D5.proposicoesWebExterno2?codteor=1358969&filename=PL+2303/2015>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Initial Coin Offering (ICO)*. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20171011-1.html>>. Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL. RECEITA FEDERAL. 2017 – *Imposto sobre a Renda da Pessoa Física – IRPF – Perguntas & Respostas*. p. 183-184. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/interface/cidadao/irpf/2017/perguntao/pir-pf-2017-perguntas-e-respostas-versao-1-1-03032017.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017.

BRITO, Jerry. Foreword. In: BRITO, Jerry (Coord.). *The Law of Bitcoin*. IUniverse: Bloomington, 2015. p. 1-8. *E-book*.

CAMPOS, Emília. *Criptomoedas: Aspectos Regulatórios e Tributários*. 2017. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:lhcYiMNXqHMJ:direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/criptomoedas_aspectos_regulatorios_e_tributarios.pptx+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-ab>. Acesso em: 20 out. 2017.

CARDOSO, Cláudia Petit. *Por uma regulamentação do uso e tributação do bitcoin*. 2017. Disponível em: <<http://computerworld.com.br/por-uma-regulamentacao-do-uso-e-tributacao-do-bitcoin>>. Acesso em: 24 out. 2017.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CHIESA, Clélio. *A Competência Tributária do Estado Brasileiro: desonerações nacionais e imunidades condicionadas*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CRÍPTOMOEDAS FÁCIL. *Brasil deve copiar modelo do Japão para regulamentar o Bitcoin*. 2017. Disponível em: <<https://www.criptomoedasfacil.com/brasil-deve-copiar-modelo-do-japao-para-regulamentar-o-bitcoin/>>. Acesso em: 30 out. 2017.

DENNY, Danielle Mendes Thame; PAULO, Roberto Ferreira; CASTRO, Douglas de. Blockchain e Agenda 2030. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

DOCKHORN, Tiago Espellet; ALBANEZI, Thaís Blumer. *Imposto de Renda sobre Pagamentos em Bitcoins*. 2017. Disponível em: <<https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/tributario-ij/imposto-de-renda-sobre-pagamentos-em-bitcoins>>. Acesso em: 24 out. 2017.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Sistema Tributário Brasileiro: Discriminação de Rendias*. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1965.

FERRAZ, Tercio Sampaio; GRECO, Marco Aurélio. Desafios do Federalismo Fiscal Brasileiro. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 2, p. 97, jul. 1998.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE - FATF. *Virtual Currencies: Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*. 2013. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

FINARDI, Israel. *Como Funcionam as Taxas do Bitcoin*. 2017. Disponível em: <<https://www.criptomoedasfacil.com/como-funcionam-as-taxas-do-bitcoin/>>. Acesso em: 18 out. 2017.

FINARDI, Israel. *O que é fork? Qual a diferença entre Softfork e Hardfork?* 2017. Disponível em: <<https://www.criptomoedasfacil.com/o-que-e-fork-qual-a-diferenca-entre-softfork-e-hardfork/>>. Acesso em: 26 out. 2017.

FREITAS, Paulo Henrique de F.; SANTANA; Talita F. Ritz. *Bitcoins: tributação no sistema brasileiro*. 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/4602071/bitcoins-tributacao-no-sistema-brasileiro>>. Acesso em: 24 out. 2017.

FREITAS, Tainá. *Golaco para o Bitcoin: Japão regulamenta positivamente exchanges de criptomoedas*. 2017. Disponível em: <<https://conteudo.startse.com.br/mercado/taina/golaco-para-o-bitcoin-japao-regulamenta-positivamente-exchanges-de-criptomoedas/>>. Acesso em: 4 out. 2017.

GÓMEZ DE LA CRUZ, Alejandro. *Where is the Bitcoin? (Part I)*. 2015. Disponível em: <<http://lawandbitcoin.com/en/where-is-the-bitcoin-part-i/>>. Acesso em: 19 out. 2017.

GÓMEZ DE LA CRUZ ALCANIZ, Antonio; GÓMEZ DE LA CRUZ, Alejandro. *Where is the Bitcoin? (Part II)*. 2015. Disponível em: <<http://lawandbitcoin.com/en/where-is-the-bitcoin-part-ii/>>. Acesso em: 19 out. 2017.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. t. 9.

GUIA DO BITCOIN. *Japão declara venda de Bitcoin isento de imposto de consumo*. 2017. Disponível em: <<https://guiadobitcoin.com.br/japao-declara-venda-de-bitcoin-isento-de-imposto-de-consumo/>>. Acesso em: 5 out. 2017.

HOEGNER, Stuart. What is Bitcoin? In: BRITO, Jerry (Coord.). *The Law of Bitcoin*. IUniverse: Bloomington. p. 1-33. E-book.

HOEGNER, Stuart; FRIEDMAN, Jillian. *Canada*. In: BRITO, Jerry (Coord.). *The Law of Bitcoin*. IUniverse: Bloomington, 2015. p. 1-101. E-book.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Imposto sobre serviços na Constituição*. São Paulo: RT, 1985.

LOPEZ, Teresa Ancona. Comentários ao código civil – parte especial: das várias espécies de contratos (arts. 565 a 652). In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao código civil*. v. 7.

MORAIS, Carlos Yury Araújo de; BRANDÃO NETO, João Batista. Tributação das Operações com Criptomoedas. *Arquivo Jurídico*, Teresina, v. 1, n. 7, p. 41-60, jul./dez. 2014.

MORENO, Felipe. *Bitcoin pode ser dividido novamente e se transformar em 3 moedas diferentes*. 2017. Disponível em: <<https://conteudo.startse.com.br/tecnologia-inovacao/felipe/bitcoin-pode-ser-dividido-novamente-e-se-transformar-em-3-moedas-diferentes/>>. Acesso em: 26 out. 2017.

MOREIRA, André Mendes. *A Tributação dos Serviços de Comunicação: Conflitos de Competência entre Estados (ICMS) e Municípios (ISSQN)*. Disponível em: <<http://49ga9f10blgreaqid23bdv7s-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2010/11/ISSxICMS-ABDF.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. 2009. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:YghnrrkfjYJ:https://bitcoin.org/bitcoin.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-ab>>. Acesso em: 18 out. 2017.

NORMAN, Alan T. *Mastering Bitcoin For Dummies: Bitcoin and Cryptocurrency Technologies, Mining, Investing and Trading*. 2017. E-book.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO - OCDE. *Consumption Tax Trends 2016. VAT/GST Excise Rates, Trends and Policy Issues*. 2016. Disponível em: <http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/consumption-tax-trends-2016_ctt-2016-en>. Acesso em: 23 out. 2017.

PEREIRA, Kevin Augusto de Souza. *Bitcoin: Uma Análise Jurídico-Tributária da Moeda Virtual*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Amazonas – UFAM, Manaus, 2016. Disponível em <<http://asjur.com.br/pdfs/TCC%20-%20Kevin.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

PEREZ, William. *How Bitcoins Are Taxed? The Tax Implications of bitcoins and staying organized*. 2017. Disponível em: <<https://www.thebalance.com/how-bitcoins-are-taxed-3192871>>. Acesso em: 23 out. 2017.

PIZOLIO, Reinaldo. *Competência Tributária e Conceitos Constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SÁ, Victor. *O que é ICO?* 2017. Disponível em <<https://portaldobitcoin.com/o-que-e-ico/>>. Acesso em: 23 out. 2017.

SAMPAIO DÓRIA, Antonio Roberto. *Discriminação de rendas tributárias*. São Paulo: Bushatsky, 1972.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de; PEROBA, Luiz Roberto; ALHO NETO, João. *Tributação na Era Digital – Autorregulação: uma possibilidade?* 2017. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qwUhhHtWBccJ:https://jota.info/artigos/tributacao-na-era-digital-25082017+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 12 out. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Ranidson Gleyck Amâncio. Território das criptomoedas: limites à regulamentação estatal quanto à circulação de moedas no ciberespaço e possíveis alternativas. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

STRAUS, Ryan J. CLEARY, Matthew J. The United States. In: BRITO, Jerry (Coord.). *The Law of Bitcoin*. IUniverse: Bloomington, 2015. p. 1-60. E-book.

THE LAW LIBRARY OF THE CONGRESS. *Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions*. 2014. Disponível em: <<https://www.loc.gov/law/help/bitcoin-survey/regulation-of-bitcoin.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Corte de Justiça. Quinta Seção. *Acórdão no processo C-264/14*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=170305&doclang=PT>>. Acesso em: 23 out. 2017.

VIEIRA, José Roberto. E, Afinal, a Constituição Cria Tributos! In: TÓRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Teoria Geral da Obrigação Tributária: Estudos em Homenagem ao Professor José Souto Maior Borges*. São Paulo: Malheiros, 2005.

VIEIRA, José Roberto. IPI x ICMS e ISS: Conflitos de Competência ou Sedução das Aparências? In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CANADO, Vanessa Rahal (Coord.). *Direito Tributário: Tributação do Setor Industrial*. São Paulo: Saraiva; FGV, 2012. p. 49-101. (Série GVlaw)

VON UNRUH, Cristoph-Nikolaus. Germany. In: BRITO, Jerry (Coord.). *The Law of Bitcoin*. IUniverse: Bloomington, 2015. p. 1-70. E-book.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Bitcoin e a (im)possibilidade de sua proibição: uma violação à soberania do Estado?

Bitcoin and the (im)possibility of its prohibition: a violation of State sovereignty?

Rodrigo Valente Giublin Teixeira

Felipe Rangel da Silva

Bitcoin e a (im)possibilidade de sua proibição: uma violação à soberania do Estado?*

Bitcoin and the (im)possibility of its prohibition: a violation of State sovereignty?

Rodrigo Valente Giublin Teixeira**

Felipe Rangel da Silva***

RESUMO

Pelo presente se busca analisar o fenômeno da moeda eletrônica Bitcoin e o impacto jurídico por esta causado, especialmente no que cerne ao confronto aparente com a soberania estatal, uma vez que, dada sua internacionalidade e a dificuldade ou impossibilidade de proibição do uso, poder-se-ia, em um primeiro momento, vislumbrar ofensa ao instituto jurídico, o que será desmistificado, tomando-se por fundamental nova abordagem da soberania estatal atual e sua aplicação relativizada no mundo globalizado, o que implica uma reformulação de referido instituto jurídico. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica, especialmente estrangeira, dado o ainda ineditismo do tema, com autores de áreas distintas da ciência jurídica, pois, assim, exigido para análise das questões técnicas de funcionamento da ferramenta e, também, para delimitação do impacto financeiro causado pela nova moeda, emprestando conceitos e institutos da ciência econômica para aplicação. Contudo, apesar de necessário, o aprofundamento interdisciplinar se restringe ao suficiente para possibilitar a análise jurídica, a qual se dá, por sua vez, em âmbito de Direito Público, não se tendo conhecimento de análise anterior realizada sob o mesmo prisma.

Palavras-chave: Bitcoin. Soberania. Globalização. Regulamentação.

ABSTRACT

The present search wants to analyze the phenomenon of digital currency called Bitcoin and the legal consequences that it comes for, especially the apparent conflict with the sovereignty, because the internationality and the impossibility of prohibition of use, what can suggest a violation of the law, what is not true. For this, was used a bibliographical research, especially foreign, by the novelty of the theme, with authors of different areas of legal science, as well the analysis of the IT techniques questions, also of financial impact caused by the new currency, lending concepts and institutes of economics for understands. However, although necessary, the interdisciplinary deepening is restricted to enable a legal analysis, what is done on the Public Law, not being aware of previous analysis carried out under the same focus.

Keywords: Bitcoin. Sovereignty. Globalization. Regulation.

* Recebido em 30/10/2017
Aprovado em 17/12/2017

** Doutor pela PUC/SP. Mestre pela UEL/PR. Membro do IBDP. Bolsista Produtividade em Pesquisa do ICETI – Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação. Professor Titular do Mestrado e da Graduação na UniCesumar. Advogado. E-mail: rodrigo@rodrigovallente.com.br

*** Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário Cesumar - UNICESUMAR. Pós-graduado lato sensu em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e Cidadania de Londrina em convênio com a Universidade Estadual Norte Pioneiro. Pós-graduado lato sensu em Direito e Processo Civil pelo Instituto Paranaense de Ensino em Maringá. Graduado em Direito pela Faculdade Maringá. Email: felipe@carvalhoerangel.adv.br

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa objetiva analisar, especificamente, o aspecto jurídico — em âmbito de Direito Público do Estado — do impacto causado pelo surgimento e popularização da moeda digital denominada Bitcoin, não tendo caráter técnico responsivo à área de tecnologia da informação propriamente dita, com apenas e tão somente apresentação de seu funcionamento em linhas gerais, ou seja, noções básicas e introdutórias de referida tecnologia e o que significa seu crescimento mundial para os estados nacionais.

Muito embora as menções técnicas sejam necessárias a elucidar o leitor, o objeto não é o funcionamento em si do Bitcoin, mas o que ele representa ou ainda pode representar para o Direito, bem como as transformações que pode causar aos preceitos tradicionais da ciência jurídica, por meio da qual se permite discutir uma necessidade ou não de regulamentação e, principalmente, a (im)possibilidade do Estado proibir sua “circulação” em território nacional.

Adverte-se que o Bitcoin, que será analisado neste trabalho, determina, especificamente, uma das moedas eletrônicas atualmente em circulação, mas não se trata da única. Outras surgiram e são alternativas, possuindo sua importância, vantagens e desvantagens. Todavia, dá-se a atenção ao Bitcoin por se tratar da primeira dentre elas que repercute de forma a despertar a comunidade jurídica e, por isso, ser necessário o debate de sua funcionalidade, abrangência e possível violação a normas de Direito. Dessa forma, a análise e conclusões aqui vislumbradas possam ser aplicadas, no que possível, também às demais moedas eletrônicas.

Nessa vertente, portanto, a apuração a ser realizada é no sentido de que o Bitcoin — assim como as novas tecnologias que surgem e se popularizam numa velocidade antes inimaginável em razão da propagação imediata da informação, decorrente principalmente da internet — produz impacto jurídico relevante para qual o Direito ainda não provê de mecanismos para absorvê-lo e regulamentá-lo de forma a não vedar seu funcionamento pleno.

Tal impacto se dá nas diversas áreas do Direito, tendo, por sua vez, este trabalho foco nas questões de soberania do Estado, haja vista que dada a autonomia da moeda eletrônica e sua globalidade não é possível aos estados nacionais proibirem seu funcionamento, não impossível buscar regulamentar sua operação dentro da territorialidade, mas proibir o seu uso, conforme será visto, é de difícil realização.

2. O FENÔMENO DA MOEDA ELETRÔNICA BITCOIN

O fenômeno tecnológico das últimas duas décadas é ainda de impossível plena compreensão por nós contemporâneos a ele. O que principalmente a internet significa na sociedade e sua interferência na vida humana ainda são imensuráveis, sendo o processo histórico determinante, no futuro, para plena avaliação do que significará a transformação tecnológica pela qual passamos.

Sem sombra de dúvida, nosso cotidiano foi alterado pela popularização das tecnologias, especialmente smartphones e seus aplicativos de redes sociais. Mas, além disso, já não precisamos sair do conforto do lar para realização de inúmeras atividades que, há um tempo não muito distante, seriam inimagináveis de serem, assim, realizadas, pois prescindia da presença física da pessoa.

Compramos online, não apenas eletrodomésticos, mas roupas, alimentos etc. Estudamos *online*, por meio dos cursos a distância cada vez mais populares e trabalhamos, também, *online* por meio do *homework* e, principalmente, nos relacionamos socialmente cada vez mais por meio das redes sociais. Enfim, já podemos dizer que não é necessário sair de casa para realizar quase todos os atos da vida contemporânea.

Tudo isso perpassa especialmente a internet. Para muitos, a maior invenção do homem na pós-modernidade. Com ela, distâncias foram diminuídas e barreiras internacionais derrubadas, havendo uma ideia cada vez mais palpável de sociedade mundial, interconectada, o que implica a necessária revisitação e reformula-

ção interpretativa e até mesmo alteração da essência de preceitos jurídicos já não mais aplicáveis da forma como anteriormente concebidos.

Interessante análise perpetrada Marcos Wachowicz¹ ao escrever sobre o fenômeno da internet em contexto de regulamentação internacional, apontando que, ainda que a internet tenha reduzido barreiras de espaço e tempo, otimizando aos usuários informações de forma rápida e cada vez mais plena, há, por outro viés, novos desafios a serem pensados pelo Direito, já que tal dinâmica não é acompanhada, no mesmo ritmo, pelo legislador.

E dentre essas inovações decorrente da popularização da internet está o objeto de análise da presente pesquisa. O fenômeno da internet é fundamental para criação do Bitcoin e sem ela não se imaginaria a estrutura e funcionalidade de uma moeda eletrônica global.

Por sua vez, o Bitcoin tem seu surgimento no final do ano de 2008 com a publicação de um *paper* (texto) em um fórum *online* de criptografia de autor autônomo Satoshi Nakamoto²⁻³, mesmo ano da maior crise financeira dos Estados Unidos da América, e, sua conjuntura apresentou-se justamente como alternativa ao sistema financeiro atual, descredibilizado e recheados de falhas, sem regulamentação satisfatória a garantir uma tão vendida (mas utópica) estabilidade financeira.

A natureza do Bitcoin como moeda e investimento, portanto, com possibilidade de ingerência estatal, enfrentou resistência ao se suscitar que se tratava, apenas, de um algoritmo de estrutura descentralizada e não vinculado a qualquer ativo ou metal precioso. Essa questão foi, inclusive, objeto de discussão judicial nos Estados Unidos, em uma lide sobre o assunto no estado do Texas, em que litigaram Securities and Exchange Commission *vs.* Trendon T. Shavers and Bitcoin Savings and Trusts, que, em agosto de 2013, decidiu que o Bitcoin tem natureza de moeda, pois houve promessa de rentabilidade ao oferecê-la aos investidores.⁴

Ao criar o Bitcoin, tem-se uma moeda digital, descentralizada, parcialmente anônima, não apoiada por qualquer governo ou outra entidade jurídica, e não pode ser resgatada por ouro ou outra mercadoria.⁵

Quanto à sua criação, Fernando Ulrich⁶ faz importante reflexão destacando a internet como vetor da inovação, mas que à popularização do Bitcoin deve-se a instabilidade do sistema financeiro, a forte intervenção estatal em suas operações, em especial a ausência de privacidade financeira, que perdura por séculos e a cada tempo o grau de intervenção estatal tende a aumentar.

A moeda em questão nasce, assim, de um sonho — de certa forma com ânimo de protesto ao sistema financeiro fundamentado no monopólio dos bancos — pelo qual se arquiteta uma opção, uma alternativa ao modo de transacionar bens e serviços atualmente concebidos.

Além dessa ideia de independência do Bitcoin para com o sistema financeiro atual seja de difícil concretização, conforme se verificar mais adiante, o que serviu de motivação inicial foi, sem dúvida, a possibilidade de libertar a população mundial do monopólio bancário existente. Até então, ninguém poderia realizar operações financeiras internacionais sem intermediação de uma instituição bancária, a qual, por sua vez, detinha

1 WACHOWICZ, Marcos. O “novo” Direito Autoral na Sociedade Informacional. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 339-341.

2 Trata-se de pseudônimo cuja real identidade ainda não é conhecida, sendo que vários indivíduos se apresentaram como sendo Satoshi Nakamoto, outros foram acusados de o serem, mas até hoje a identidade do criador do Bitcoin é desconhecida. A respeito, assistir o documentário “Banking on Bitcoin” da Periscope Entertainment.

3 Há quem levantou uma hipótese do nome Satoshi Nakamoto ser, na verdade, uma aglutinação de parte dos nomes de quatro grandes empresas de tecnologia, assim definidas SAmsung, TOSHIBA, NAKAmichi e MOTORola. In: WALLACE, Benjamin. *The rise and fall of bitcoin*. Wired. Disponível em: <https://www.wired.com/2011/11/mf_bitcoin/>. Acesso em: 18 nov. 2017.

4 UNITED STATES DISTRICT COURT. Eastern District of Texas. Sherman Division. *Securities and Exchange Commission vs. Trendon T. Shavers and Bitcoin Savings and Trusts, case n. 4:13-CV-416*. Disponível em: <<http://ia800904.us.archive.org/35/items/gov.uscourts.txed.146063/gov.uscourts.txed.146063.23.0.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

5 GRINBERG, Reuben. Bitcoin: An Innovative Alternative Digital Currency. *Hastings Science & Technology Law Journal*, v. 4. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1817857>>. Acesso em: 29 out. 2017. p. 160.

6 ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda na era digital*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014. p. 43-44.

informações privadas e da origem dos valores transacionados, fugindo suas operações até da égide do Fundo Monetário Internacional.⁷

Conforme se analisará, uma das maiores vantagens da utilização da Bitcoin é a maior privacidade que o usuário tem ao transferir valores e consumir bens e serviços, nada obstante isto tenha suas repercussões próprias, como também será visto adiante.

Nesse ínterim, há de ser entendido, ainda que em linhas gerais e sem o aprofundamento técnico específico da ciência computacional e da tecnologia da informação, o funcionamento do Bitcoin.

Ao introduzir o tema no Brasil, o economista Fernando Ulrich define a nova moeda como:

Bitcoin é uma moeda digital *peer-to-peer* (par a par ou, simplesmente, de ponto a ponto), de código aberto, que não depende de uma autoridade central. Entre muitas outras coisas, o que faz o Bitcoin ser único é o fato de ele ser o primeiro sistema de pagamentos global totalmente descentralizado. Ainda que à primeira vista possa parecer complicado, os conceitos fundamentais não são difíceis de compreender.⁸

Isso quer dizer que se trata de uma moeda totalmente digital, sem referência a ouro ou prata, pela qual um livro público (*blockchain*) registra todas as operações, as quais são realizadas com pequenas taxas — uma vez que não há intermediários —, de forma imediata (online), e com um sistema de segurança avançado de criptografia, pela qual é garantida a efetiva transferência de valores e evitado o pagamento duplo⁹, além de ser uma moeda eletrônica descentralizada não emitida.¹⁰

Quanto a esse livro de registro descentralizado, denominado *blockchain*¹¹, importa destacar que se trata de tecnologia pela qual todas as transações são permanentemente registradas, não podendo estas serem reformadas uma vez concretizada a operação, o que parece ser simples, mas possibilita novas formas de se pensar em questões de ordem econômica. *Peer-to-peer*¹², por conseguinte, funciona como uma rede virtual em que cada computador de acesso é um nó, pelo qual se mantêm todos conectados e, ao mesmo tempo, armazenando, involuntariamente, dados e informações do sistema, tal qual um banco de dados, característica que praticamente reduz a zero a possibilidade de desligamento do sistema, pois seria necessário que todos os “servidores” (usuários) fossem desligados ao mesmo tempo.¹³

Por isso se propaga a ideia de que o Bitcoin é seguro. É impossível uma invasão (*hack*) do banco de dados, uma vez que esse banco de dados é todo distribuído entre os usuários. Não há um computador ou sistema localizado em determinado território que contenha as informações e mantenha o sistema em funcionamento, ao conectar-se todo usuário passa a, involuntariamente, armazenar informação das transações ocorridas no software. Para alteração fraudulenta dos dados, seria necessário invadir todos os computadores ao mesmo tempo, o que é impossível.

A ferramenta funciona, assim, mediante a distribuição do armazenamento das informações do sistema

7 PLASSARAS, Nicholas. Regulating Digital Currencies: Bringing Bitcoin within the Reach of the IMF. *Chicago Journal of International Law*, 14 Chi J Intl L (2013) Forthcoming. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2248419>>. Acesso em: 29 out. 2017.

8 ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda na era digital*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014. p. 17.

9 Cada usuário possui duas chaves de acesso, uma pública que funcionaria como um endereço de e-mail e outra privada, que seria a senha. Assim, todas as operações realizadas são registradas com a chave pública e constante a assinatura dos usuários, sendo de conhecimento geral (uma vez que registrado no livro público *blockchain*) a operação realizada em tempo real e, assim, evitado que a mesma importância seja transferida duas vezes, pois a informação de transação é imediatamente disponibilizada a todos os usuários.

10 BOLLEN, Rhys. The Legal Status of Online Currencies: Are Bitcoins the Future? *Journal of Banking and Finance Law and Practice*. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2285247>>. Acesso em: 29 out. 2017. p. 4.

11 Em razão das informações das transações no sistema estarem todas criptografadas, estas são armazenadas em forma de blocos. Blockchain, assim, significa o registro agrupado de movimentação de informações de forma geral. No Bitcoin, é a forma com que as transações são registradas, de forma agrupada, por isso a ideia de um bloco de informações.

12 Em tradução literal do inglês, significa ponto a ponto. Expressa muito bem a ideia da tecnologia em questão pelo fato de que a conexão se dá diretamente entre os dispositivos eletrônicos dos usuários, sem intervenção de um terceiro gestor como nos sistemas anteriores em que há a figura de um administrador das informações.

13 MOUGAYAR, Willian. *Blockchain para negócios: promessa, prática e aplicação da nova tecnologia da internet*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017. p. 137.

entre os próprios usuários, sem intermediação ou figura de um agente centralizador e controlador do trânsito destas informações.

As conexões são feitas diretamente entre os usuários e para tanto há sigilo e proteção da identidade e localidade de cada um, o que garante segurança a estes (nada obstante a questão do anonimato traga preocupações aos governos, conforme veremos adiante).

Além disso, as informações e eventos ocorridos dentro do sistema Bitcoin não podem ser posteriormente alteradas, em razão da inviolabilidade do livro de registros, o que garante à moeda digital credibilidade do ponto de vista de segurança do sistema. Há que se salientar, nesse ponto, que os episódios atualmente vistos nos noticiários com o “sumiço” de Bitcoins não se tratam, sobremaneira, do Bitcoin em si, mas sim dos sistemas de empresas e agências de câmbio que têm sido atacados.

Há que se diferenciar, outrossim, a questão das agências cambiais, como a sul-coreana Bithumb, nas quais já se tem notícia de invasão e roubo de moedas eletrônicas. Isso porque não se trata de violação ao sistema Bitcoin em si, mas sim do sistema interno da empresa de câmbio, o qual segue diretrizes de servidor comum, sem o dispositivo existente no sistema própria da moeda eletrônica, sendo pertinente nesses casos, evidentemente, a responsabilização da empresa de câmbio.

É também o caso da Mt. Gox, que desenvolveu uma plataforma *online* para troca de dinheiro por Bitcoin e vice-versa, que teve em 2014 “roubados” 850 mil bitcoins, episódio que não pôs em cheque a segurança do sistema Bitcoin por se tratar a Mt. Gox apenas de um terceiro, cujo sistema de segurança era centralizado e de baixa qualidade, ocasionando o *hack* de transações realizadas não dentro do Bitcoin, mas sim de seu próprio sistema.¹⁴

Quanto a isto, ressalte-se, novamente, que o câmbio e o Bitcoin enquanto possibilidade de investimento financeiro não são objeto da presente pesquisa, mas que reside em tais questões apontamentos e estudos necessários também ao desenvolvimento e popularização da moeda, a fim de que possa se tornar, efetivamente, alternativa às transações e comércio de bens e serviços.

Outro procedimento que merece destaque é a questão da emissão de Bitcoins. O sistema está programado para emitir novas Bitcoins até o ano de 2140, emissão esta que se dá por meio da chamada mineração.

Minerar Bitcoin consiste, por sua vez, na disponibilização pelos usuários de suas máquinas (o que implica gasto de energia elétrica) para manutenção e registro das operações no já citado *blockchain*, ou seja, é o esforço perpetrado no sentido de guardar as informações e verificar a validade das operações realizadas em cada bloco de registro que se dá por meio de resolução de cálculos matemáticos que autenticam as operações, sendo tal atividade recompensada por meio de isenção de taxas e emissão de novas Bitcoins, o que incentiva a mineração e manutenção do sistema.¹⁵

Importante destacar que há programação no sentido de tornar cada vez mais complexo o algoritmo de leitura dos blocos e, dessa forma, cada vez menor o número de bitcoins emitidas, mas ainda que findada a emissão, outros prêmios e descontos estão programados para continuar incentivando a “mineração” de bitcoins.¹⁶

Por ora, como dito anteriormente, compete determinar o que o Bitcoin significa para o cenário jurídico internacional. Demonstrado seu funcionamento básico, podemos posicionar suas implicações quanto à soberania do Estado, haja vista que, como restou demonstrado, trata-se de uma moeda global, cujo acesso e

14 HARVEY, Campbell R. *Bitcoin Myths and Facts*. (2014). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2479670>>. Acesso em: 30 out 2017. p. 5.

15 O que é mineração de Bitcoin? Disponível em: <https://bitcoin.org/pt_BR/faq#o-que-e-mineracao-bitcoin>. Acesso em: 09 out 2017.

16 KAPLANOV, Nikolei M. Nerdy Money: Bitcoin, the Private Digital Currency, and the Case Against its Regulation. *25 Loyola Consumer Law Review. Rev. 111* (2012). Disponível em: <<http://lawcommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1920&context=lclr>>. Acesso em: 30 out 2017. p. 8.

utilização se dá, exclusivamente, em ambiente virtual e sem intermediação de qualquer instituição bancária, oficial ou privada.

Indispensável, também, elucidar quanto a outro fenômeno que não detém relação com o funcionamento da moeda em si, qual seja o mercado especulatório de bolsa de valores que viabiliza o câmbio entre moedas tradicionais como dólar, real, peso e outros e o Bitcoin. A ideia de investimento em Bitcoin não será aprofundada no presente, uma vez que o tema se limita à submissão imposta aos estados nacionais que não podem proibir o uso do Bitcoin, mesmo que sabido que a moeda digital apenas alcançou a importância que tem por tratar de questões de mercado financeiro e possuir implicações relevantes nesse ínterim, conforme visto.

Soma-se ainda que o Bitcoin apresenta grande volatilidade, muito superior as demais moedas amplamente utilizadas, o que atrai ao proprietário um risco maior, especialmente em curto prazo. Vale, ainda, ressaltar que as taxas de câmbio não se correlacionam com as demais moedas, nem mesmo com o ouro, sendo, portanto, uma árdua tarefa a proteção de seu valor, valendo, ainda, ressaltar que por ser uma moeda que corre à margem da legislação financeira, o potencial de furto aumenta exponencialmente. Por essas características, o Bitcoin se aproxima mais de um investimento especulativo, sem lastro, do que de uma moeda propriamente dita.¹⁷

Entretanto, a Fundação Bitcoin busca a aprovação ISO 4217, que é o padrão internacional para código de moedas¹⁸, com o objetivo de ter o Bitcoin aprovado pelos setores comerciais, com transações menos burocráticas. Atualmente, o Bitcoin usa o código BTC, mas, em virtude de ter natureza de commodities, deve, para tal padronização, ter como primeira letra um X, como, por exemplo, o XAU ou XAG, para ouro e prata, respectivamente.¹⁹

Assim, há de ser reanalisada a soberania do Estado na pós-modernidade, a considerar as mudanças advindas das inovações tecnológicas que alteram, sem resquício de dúvida, a vida na sociedade atual.

3. A SOBERANIA DO ESTADO NA PÓS-MODERNIDADE

Como vimos anteriormente, a sociedade evoluiu (ou apenas transformou-se, para os mais céticos) em razão das tecnologias e demais alterações. Um fenômeno que se reporta também fundamental para alteração na forma de sociedade atual, e aqui com maior envergadura no que tange ao Estado, foi o da globalização.

Por isso fala-se em uma nova concepção de soberania nos tempos atuais.

O Estado não pode mais ser visto como suficiente em si mesmo, dada a interligação e conexão instantânea entre os indivíduos, estejam em que localidade for.

O tema do presente estudo trata da regulamentação do Bitcoin, cuja internacionalidade nos impõe revisitarmos preceitos da Teoria Geral do Estado, a fim de que possamos entender a soberania num contexto mais atual.

Nesse sentido, exercício inerente à consagração da soberania sempre foi a capacidade e legitimidade de um estado nacional formular suas leis e regulamentar (no que possível) as relações havidas entre seus indivíduos, questões patrimoniais, de economia, política etc.

17 YERMACK, David. Is Bitcoin a Real Currency? *An Economic Appraisal*. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2361599>>. Acesso em: 29 out. 2017. p. 3.

18 International Organization for Standardization. *Currency Codes – ISO 4217*.

19 HAJDARBEGOVIC, Nermin. *Bitcoin Foundation to Standardise Bitcoin Symbol and Code Next Year*. Coindesk. Disponível em: <<https://www.coindesk.com/bitcoin-foundation-standardise-bitcoin-symbol-code-next-year/>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

A atividade legislativa é tida como exercício próprio da soberania pelo Estado, pela qual se legitima a possibilidade de regulamentar os fatos sociais traçando fundamental paralelo entre o Estado e o Direito, legitimando-se, assim, a autoridade estatal justamente por meio da elaboração de normas de conduta social, as quais, dada sua força coercitiva, são capazes de autodeterminar o Estado em sobreposição aos seus jurisdicionados, resguardados, evidentemente, os direitos fundamentais.²⁰

Entrepassa isto, como dito anteriormente, a soberania deve ser vista sob novo prisma, haja vista a globalidade inerente à sociedade moderna, pela qual o atributo estatal não está mitigado, mas carece de aplicação conjunta com preceitos internacionais que se integram nas relações (estatais e entre indivíduos) de modo impositivo.

Quanto a tal circunstância, interessante paralelo entre a esfacelada soberania do Estado e a globalização é feito pelo professor Eduardo C. B. Bittar que aponta:

Percebe-se que a noção de Estado não somente implode, numa crise desde dentro, mas também explode, numa crise desde fora, na medida em que se torna modelo ultrapassado para a definição dos espaços conceituais sobre os quais se assentam valores primordiais da organização social contemporânea.

As perspectivas se alteram e fazem com que um novo modelo de mundialidade surja, repensado a partir dos escombros da modernidade, como solução possível para o projeto da humanidade. [...].²¹

Sendo assim, o exercício da soberania não pode mais ser tido como efetivo apenas e tão somente com a possibilidade de regulamentar certas situações, como no caso em epígrafe, o Bitcoin.

A soberania é tida, portanto, como parte de um processo em que as circunstâncias merecedoras de atenção e a serem abarcadas pelo Direito devem ser conduzidas com um pensamento não restrito a limites territoriais, mas sim avalizadas em contexto internacional. Exemplo disto são as questões de direitos humanos.

Todos os Estados têm instituído de algum modo em suas regulamentações a organização financeira como competência a si inerente. No Brasil, a soberania é qualificada logo no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988 como fundamento basilar da república federativa, dada a importância atribuída a tal preceito fundamental.

De grande resguardo sempre se viveu ao tratar de questões de soberania, sendo, ao menor sinal de perigo, fulminados invenções e mecanismos que tenham potencial ofensivo ao que se tenha como de status soberano.

Em relação à economia, a ligação com a soberania decorre do previsto no artigo 170 da Constituição Federal que expressa e novamente coloca a soberania nacional como *maximus ratio* da organização econômica. Daí por que se questionar se há violação da soberania nacional quanto ao surgimento de uma moeda mundial que tem potencial para modificar, futuramente, as operações do comércio de bens e serviços em detrimento ao sistema atualmente instaurado em que há ingerência e regulamentação pública. O Bitcoin significa, assim, possível violação à disposição constitucional?

Carlos Roberto Husek analisa a condição da soberania do Estado moderno, pontuando que o mesmo não perde característica soberana, mas deve agir de modo a refletir questões de uma coletividade mundial, de modo a significar uma cooperação com os demais estados nacionais que objetiva melhor paga e correção dos desarranjos inerentes ao mundo capitalista atual.²²

Isto leva ao problema ora em comento, pois o Bitcoin se revela uma destas “problemáticas” do mundo moderno para qual se revela necessário um tratamento jurídico internacionalizado, não havendo desenvolvimento, conforme será visto adiante, com regulamentações diferentes em cada estado, ao tratar-se de referida

20 KELSEN, Hans. *O Estado como integração: um confronto de princípio*. São Paulo: M. Fontes, 2003. p. 93-94.

21 BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 330.

22 HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 10 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 207.

causa mundial.

Vislumbra-se, assim, uma necessidade de afastamento do prisma trágico pincelado pelos mais tradicionais no sentido de que há ofensa à soberania dos Estados na existência de órgãos fiscalizadores internacionais ou mesmo outros mecanismos pelos quais perpetrar-se-ia uma ingerência no cenário internacional atual.

A pretensão de estabelecimento de controle sobre questões de tecnologia, imigração, terrorismo, crime organizado e outros tem por causar um verdadeiro retrocesso do Estado Constitucional Moderno, descortinando o que se pode denominar como uma “supersoberania supranacional”, pela qual tais questões seriam tratadas em âmbito coletivo de estados, não mais individualmente por cada um e com diferentes vertentes, de tal forma que os estados têm perdido legitimidade e cedido espaço a ícones oriundos das inovações transnacionais (como no caso do Bitcoin, por exemplo), as quais ligam pessoas independentemente da nacionalidade a si atribuída e faz fortalecer cada vez mais a ideia de cidadão do mundo, peregrino que apesar de nacional de determinado Estado, tem seus planos e projetos estabelecidos em qualquer lugar.²³

A evolução pela qual o mundo passou com a globalização, e pela qual passa atualmente com as inovações tecnológicas, nos leva a uma necessária reinterpretação e reavaliação dos conceitos concebidos historicamente. Não se pode, a cada inovação, esquecer-se e destruir os preceitos construídos, mas o engessamento trazido pela aplicação rudimentar dos institutos jurídicos também deve ser evitado, a fim de que não se proíba o progresso, seja nacional ou internacional.

É preciso romper com a cultura do medo do novo. O potencial prejuízo que podem sofrer os bancos (principalmente públicos) em razão da livre comercialização não pode resultar em aversão à nova moeda digital. Isso porque não há obstáculo à sua absorção pelo sistema financeiro atual, revelando-se uma opção da qual a regulamentação mínima, com possibilidade de identificação e rastreamento de operações mediante necessidade e justificativa plausível, é suficiente e possibilitaria evolução (não ruptura como pretendiam os criadores) da economia mundial.

Em publicação oficial da Rede de Execução de Crimes Financeiros do Departamento de Tesouro dos Estados Unidos, a Diretora Jennifer Shasky Calvery declarou que se os usuários obedecerem às normas básicas de direito, tendo como objetivo o uso da moeda virtual como mais uma ferramenta de desenvolvimento social e comercial, ante à inovação que as moedas virtuais podem resultar, não haverá nenhuma resistência para inserir a moeda virtual dentro de um quadro regulatório. Contudo, aqueles que objetivam o uso da moeda virtual com finalidades ilícitas, ilegais ou imorais, devem ser responsabilizados, razão pela qual é de suma importância a fiscalização dos Estados, utilizando de seu poder regulatório, para impedir abusos contra o sistema financeiro.²⁴

A tecnologia possui, dessa forma, papel de destaque e reforça ainda mais aquela ideia de que vivemos em uma sociedade global, na qual o intercâmbio entre as pessoas e a diminuição (ou mesmo extinção) das fronteiras é proeminente, a exemplo o objeto do presente estudo, no qual a principal característica é sua mundialidade.

No entendimento de que as inovações tecnológicas nos submetem a uma comunidade global, a qual conflita com os preceitos tradicionais de soberania, causando, em certa medida, uma crise de legitimidade do Estado, Isaac Sabbá Guimarães trata da transnacionalidade, aponta, justamente, a velocidade do tráfego de informações como vetor de mudança no conceito soberania do Estado em razão da impressão dada de que tudo é simultâneo e presente a nós, numa concepção de comunidade única, ou seja, global.²⁵

23 PASOLD, Cezar Luiz; FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o futuro do estado constitucional moderno. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 19-20, fev./maio 2016.

24 CALVERY, Jennifer Shasky. *Before the United States Senate Committee on Homeland Security and Government Affairs*. p. 9-10. Disponível em: <<https://www.fincen.gov/sites/default/files/2016-08/20131118.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2017. p. 9-10.

25 GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Globalização, transnacionalidade e os contornos de uma democracia da pós-modernidade. In: PASOLD, Cesar; SANTO, Davi do Espírito. *Reflexões sobre a teoria da Constituição e do Estado*. Florianópolis: Insular, 2013. p. 319-320.

Soberania, para regulamentar a economia, portanto, não significa, necessariamente, que o Estado deva se portar de modo autoritário, interpretando as novas tecnologias e fenômenos de forma individual, mas sim com um olhar globalizado, entendendo as implicações e benefícios que tais inovações, como o Bitcoin, podem trazer, e, principalmente, se os jurisdicionados (cada vez mais cidadãos do mundo) concordam e dão legitimidade à tal restrição, a fim de que se estanque a erosão estatal que se apresenta.

É nesse sentido que a soberania deve ser confrontada com o Bitcoin. Falar em mitigação dessa em razão da impossibilidade de proibição da circulação da moeda digital, conforme será visto, somente seria possível se não apurada em consonância com os conceitos modernos de globalização e internacionalização das relações humanas.

4. A PROBLEMÁTICA DA REGULAMENTAÇÃO E A IMPOSSIBILIDADE DE PROIBIÇÃO DA CIRCULAÇÃO DAS MOEDAS ELETRÔNICAS POR PARTE DO ESTADO

Consignada a questão da soberania do Estado na atualidade, importa avaliar como a impossibilidade de proibição da circulação do Bitcoin pode ou não significar violação aos estados nacionais. Insta, portanto, por fim, analisar as razões pelas quais a moeda digital pode representar uma ameaça ao histórico instituto de direito público.

No contexto da economia, Pierre Lévy traça importante paralelo entre a finança e a virtualização do mundo, especialmente quanto à transnacionalidade econômica, elucidando que a moeda, outrora elemento físico, teve seu fluxo demasiadamente expandido com sua virtualização, pela qual se proporcionou dinâmica inimaginável das operações financeiras, além de incorrer numa desterritorialização da moeda.²⁶

Justamente em decorrência disto é que se atentam às políticas estatais. O objetivo é gestar todo o sistema financeiro interno. Contudo, as finanças virtualizaram-se, conforme vimos, sendo o surgimento do Bitcoin decorrência própria dessa virtualização da moeda tradicional, razão pela qual objetivam os Estados regulamentarem o funcionamento do Bitcoin e alguns o proibirem, uma vez que, conforme vimos, o câmbio realizado entre esta e as demais moedas tradicionais tem importado em questões patrimoniais potencialmente relevantes que começam a despertar interesse e necessidade de intervenção do Direito.

Todavia, o que se tem é uma complexa problemática surgida quando da propositura de regulamentações. Não esquecendo o que foi ponderado quanto à descaracterização inerente da atividade regulamentadora no funcionamento e exegese do sistema Bitcoin, é sabido que muitos países já estabeleceram normas e leis que regulamentam, ao menos, a questão cambial da nova moeda.

Ao realizar tal processo de regulamentação, por tratar de questões de ordem financeira, há, também, o despertar de interesses políticos. Nesse viés, o que se verifica é uma dicotomia entre restringir minimamente ou estabelecer um sólido sistema de controle da atividade econômica desenvolvida com o Bitcoin, conforme bem pondera Patrícia Peck Pinheiro ao analisar que há verdadeira disputa de cabo entre o Estado e os indivíduos, buscando estes maior liberdade, ou seja, menos regulamentação, enquanto àquele geralmente anseia estabelecer maior controle do funcionamento da moeda eletrônica, a fim de fornecer maior segurança jurídica.²⁷

Porém, há de ser questionado o fato de que, como vimos anteriormente, a regulamentação acaba por infringir a ideia inicial do dispositivo tecnológico, ao passo que, por exemplo, todas as regulamentações já positivadas diminuíram substancialmente ou extirparam por completo o anonimato proporcionado pelo Bitcoin, criando regras de identificação com fins de mais célere responsabilização criminal daqueles que

26 LÉVY, Pierre. *O que é virtual?* São Paulo: 34, 1996. p. 52.

27 PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 314.

porventura venham a utilizar a moeda eletrônica para comércio ilegal.

Malgrado a seus idealizadores, é juridicamente impossível manter-se a condição de anonimato tal qual concebida por estes. Exigir mecanismo de identificação de usuário e rastreamento de informações para investigações e outras medidas judiciais constitui medida indissociável para legalização do uso do Bitcoin, caminho pelo qual terá de se passar.

Necessário, porém, que tal regulamentação considere o impacto e a funcionalidade da moeda eletrônica à sociedade como um todo, não somente pugnando por questões internas, conforme vimos anteriormente, objetivando, assim, garantir funcionalidade e uso controlado do Bitcoin, com vistas a evitar a marginalização do sistema, o que resultaria numa espécie de *black market*²⁸.

Noutro sentido, um dos problemas da regulamentação é que justamente as instituições que já comprovaram não ter capacidade para evitar colapsos como o de 2008, como bancos centrais e órgãos governamentais, são os que fomentam e aplicam as normatizações do Bitcoin. E isso traz consequências no sentido de que, invariavelmente, se desvirtua a característica principal do sistema da moeda digital, que é, como vimos anteriormente, a liberdade em transacionar bens e serviços mundialmente.

A história recente já provou que, com a intervenção estatal e normatização mediante elaboração de infundáveis leis, as novas tecnologias têm diminuída grande parte das suas virtudes.

Ao tratar da regulamentação da internet, por exemplo, Lisiane Peccin Pratti assevera quanto ao inevitável tolhimento que se dá no processo, com apontamentos que podem ser perfeitamente aplicados, também, para a questão do Bitcoin, destacando que seja a intervenção estatal feita em menor ou maior grau, como em Cuba e na China, sempre existirá uma alteração da ordem espontânea do dispositivo tecnológico a ser regulamentado, sendo, em contraponto, justamente essa espontaneidade que proporcionou o desenvolvimento trazido pela ferramenta.²⁹

Entretanto, fato é que, enquanto não implantado o novo modelo de Estado Constitucional como pugnado por Pasold, Ferrer e Cruz³⁰, adaptações perpetradas por meio de regimentos internacionais devem ser realizadas no sentido de garantir absorção e bom uso das novas tecnologias globais, pois há uma gama de problemas na regulamentação do Bitcoin por cada estado, uma vez que, sem relevar a diminuição inerente às virtudes das novas tecnologias, cada um dará tratamento diferente à nova moeda, tendo uns características de maior ingerência e outros intervenção mínima, ao passo que, como vimos, não mais se pode ter em mente a ideia de soberania da forma como anteriormente concebida, sendo necessário o agir com pensamento em uma sociedade global, não devendo se permitir que a regulamentação perpetrada por um Estado seja capaz de tornar ineficaz o sistema Bitcoin em determinada parte do planeta.

Quanto à variação de entendimentos e diferentes formas de tratamento de questões tecnológicas por cada Estado, analisando, especificadamente, os crimes cibernéticos, mas com raciocínio aplicável às moedas eletrônicas, o Professor Jonathan Clough alerta para a problemática gerada em razão da consecução pelos estados apenas de objetivos domésticos em detrimento daqueles de âmbito internacional, destacando que há países que veem grande oportunidade na regulamentação da internet, por exemplo, enquanto outros não têm depositada nesta sua prioridade por assim dizer, se revelando um consenso algo inviável se não realizado por meio de uma regulamentação internacional democrática.³¹

Daí por que não se pode falar em violação à soberania, haja vista que melhor caminho é a aplicação efe-

28 Mercado negro. Local físico ou virtual em que há comércio ilegal de bens e serviços, sendo comum a venda de produtos roubados ou furtados, como joias, obras de arte, armas e outros.

29 PRATTI, Lisiane Peccin. A regulação do ambiente digital: propósitos, objetivos e resultados. In: CHARNESKI, Heron. *Liberdade na Era Digital*. Porto Alegre: IEE, 2011. p. 182.

30 PASOLD, Cezar Luiz; FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o futuro do estado constitucional moderno. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 1, fev./maio. 2016.

31 CLOUGH, Jonathan. *Principles of Cybercrime*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 21-22.

tiva do novo conceito de Estado soberano, o qual não mais se satisfaz em si mesmo, mas reage e contribui com os demais numa verdadeira sociedade global. É o caminho, pois, enquanto cada qual lute por seus interesses exclusivos, crescente será a marginalização dos processos e das pessoas, com caminho transversal, perda da legitimidade do Estado na gerência social, como é possível de acontecer com o Bitcoin, haja vista que se os particulares assim contratarem em negociar pela nova moeda bens e serviços, dificilmente poderá o Estado impedi-los, muito embora este possa estabelecer, apenas, normas de ordem cambial, conforme visto.

No Brasil, por sua vez, ainda incipiente as tratativas da questão em razão de seu ineditismo e da ainda discreta procura e aceitação restrita da moeda, sendo pequeno o número dos que se debruçam sobre o assunto e avaliam a necessidade ou não de regulamentação do Bitcoin no país.

Analisando a inovação tecnológica advinda do Bitcoin e o cenário constitucional brasileiro, com destaque à soberania nacional, Paulo Adib Casseb trata como um verdadeiro dilema sua preservação em face da globalização política intensa oriunda da instantaneidade trazida pela internet e demais tecnologias, de modo que há verdadeiro desafio hoje na guarda dos componentes do Estado Democrático de Direito trazidos na Constituição Federal de 1988, defendendo, por conseguinte, a necessidade de atuação legislativa, de competência da União Federal para regulamentação do Bitcoin, resignando temerária a ausência de normas mesmo que com isto sejam sacrificados os ideais de anonimato defendido pelos criadores da moeda digital.³²

A experiência legislativa brasileira não nos coloca em situação de conforto, haja vista que as leis até hoje promulgadas que tratam de regulamentar tecnologias, com destaque para o Marco Civil da Internet, apesar de significarem avanço do ordenamento face a outros estados, não foram suficientes e poder-se-ia ter aproveitado melhor a oportunidade.

Em relação à atividade legislativa nacional, relativa ao Bitcoin, por sua vez, em consulta solicitada pelo Senado Federal em dezembro de 2014, apontou-se, àquele tempo, pela desnecessidade de regulamentação da Bitcoin no Brasil em razão da sua inexpressividade econômica, concluindo o autor do texto Cesar van der Laan que o Bitcoin não teria capacidade de substituir a moeda tradicional, ao passo que se revela apenas como uma forma alternativa de pagamento de bens e serviços, muito embora destaque que as moedas eletrônicas têm potencial a ainda ser conhecido, resignando a possibilidade/necessidade regulamentação a um futuro não distante.³³

Vê-se, portanto, que, dada a tradicionalidade com que questões internacionais são tratadas, não muito longe teremos regulamentação do Bitcoin no Brasil, haja vista seu crescimento vertiginoso alavancado principalmente por conta do tratamento dado a si como investimento financeiro. A própria Receita Federal já exige, desde 2014, que a propriedade de Bitcoin seja declarada no Imposto de Renda como outros bens, tendo já tratamento jurídico de certa forma tutelado, reconhecido ao menos seu rendimento como receita.

Dessa forma, mesmo que a questão cambial possa facilmente ser regulamentada mediante obrigatoriedade de licença para realização das operações cambiais, o que não é o foco do presente trabalho como já advertimos, o funcionamento do Bitcoin em si é de maior complexidade a regulamentação. A questão do anonimato das operações realizadas dentro do sistema e da origem dos serviços ali pagos não são tão simples de serem controladas pelos órgãos estatais, tendo, ainda que possíveis, impacto na ideia inicial e fundamental do Bitcoin de maior liberdade dos usuários.

Assim, diante da crise de legitimidade pela qual o Estado passa na pós-modernidade evidenciada anteriormente, decorrente da globalização e do surgimento de questões supranacionais, mundializadas, como uma moeda que não guarda relação com um país ou outro e pode ser utilizada por todo e qualquer cidadão

32 CASSEB, Paulo Adib. Moedas digitais na sociedade da informação: aspectos constitucionais. In: BARBOSA, Tatiana Casseb Bahr de Miranda et al. (Coord.) *A revolução das moedas digitais: Bitcoins e Altcoins*. Cotia: Revoar, 2016. p. 199-200.

33 LAAN, Cesar Van Der. *É Crível uma Economia Monetária Baseada em Bitcoins?* Limites à disseminação de moedas virtuais privadas. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dezembro /2014 (Texto para Discussão nº 163). Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/estudos>>. Acesso em: 05 out. 2017.

do mundo, independentemente de sua nacionalidade, seria, então, possível que os cidadãos do mundo migrassem e mantivessem relações comerciais exclusivamente por meio do Bitcoin, o que causaria impacto à economia (o que ainda não acontece hoje, mas também não é descartado num futuro provável) e estaria fora do alcance dos governos em razão da impossibilidade de proibição de seu uso e, dessa forma, dada a vinculação intrínseca entre economia e soberania, essa última estaria sendo, em termos, violada.

Em uma rápida análise de alguns países que usam o Bitcoin como moeda para transações comerciais, tem-se que o Brasil já possui regulamentos específicos para sua utilização, tal como Lei n. 12.865, de 9 de outubro de 2013, que, dentre outros assuntos, dispõe sobre os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), prevendo, em seu art. 7º., que os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento observarão princípios, tais como interoperabilidade, solidez, eficiência, confiabilidade, qualidade e segurança, conforme parâmetros a serem estabelecidos pelo Banco Central do Brasil, observadas as diretrizes do Conselho Monetário Nacional, em regulamentação específica.

Até novembro de 2017, ainda não foi editada a regulamentação específica acima citada, pois o Projeto de Lei nº 2303, de 2015³⁴, que dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de ‘arranjos de pagamento’ sob a supervisão do Banco Central, aguarda instalação de Comissão Temporária e Parecer do Relator na Comissão Especial.³⁵

O Banco Central da China, por sua vez, emitiu, em 3 de dezembro de 2013, aviso de que o Bitcoin não é considerado como moeda, razão pela qual os bancos estão proibidos de negociar em bitcoins, sendo seu uso apenas como natureza de uma mercadoria virtual especial.³⁶

Em 2014 a Biblioteca de Direito do Congresso dos Estados Unidos compilou, em um relatório, 40 jurisdições estrangeiras e a União Europeia, a respeito da regulamentação envolvendo o Bitcoin. Na América do Sul, foram analisados 3 países: Argentina, Chile e Peru, em todos não existem regulamentos formais a respeito do uso do Bitcoin, resumindo-se, apenas, a comunicados pelas agências responsáveis. No continente Europeu, buscoaram-se informações na Bélgica, Dinamarca, França, Grécia, Irlanda, Espanha e Reino Unido, países que não estão regulamentados, sendo, inclusive, na Irlanda e a Espanha, considerados como moeda ilegal. Na Ásia tem-se Hong Kong, Índia, Indonésia, Japão, Malásia, Coreia do Sul, Taiwan e Tailândia não regulamentam a questão do uso do bitcoin, sendo nesse país considerado como moeda ilegal.³⁷

Como vimos, ainda que se estabeleçam tais mecanismos de controle da atividade dentro do sistema Bitcoin, o Estado não pode proibir sua utilização, ou seja, não é possível evitar que seus nacionais utilizem do sistema por conta das características que o compõem, e isso sem falar na possibilidade de utilização da *deep web*³⁸. O acesso ao Bitcoin pode ser feito de qualquer local e impossível sua privação em razão da distribuição do seu conteúdo (não há um servidor central, mas sim um *blockchain*), possibilitando que as pessoas, inclusive, realizem negociações e transfiram bitcoins como paga de bens e serviços à margem de lei imposta por um Estado, não sendo possível o controle pleno por parte deste³⁹.

34 O projeto de lei n. 2.303, de 2015 é de autoria do Deputado Federal Áureo Ribeiro, do Rio de Janeiro.

35 Câmara dos Deputados. Projetos de Lei. *PL 2303/2015*.

36 THE LAW LIBRARY OF CONGRESS. *Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions*, p. 6.

37 THE LAW LIBRARY OF CONGRESS. *Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions*.

38 Ao disponibilizar conteúdo na internet, é possível ao criador classificar a página como não pública, o que não permite a indexação e, portanto, a impossibilidade de tal endereço eletrônico ser encontrado pelos mecanismos de busca comuns, como Google por exemplo. Há ferramentas, como o Tor (a mais comum) que especificadamente disponibiliza como resultado de busca essas páginas não indexadas. É um mundo digital em que um anonimato (aparente, uma vez que não é impossível a identificação) permite maior liberdade de expressão e compartilhamento de material sigiloso, legal ou ilegal. Poder-se-ia, nesse ínterim, possibilitar o acesso ao Bitcoin em uma plataforma não indexada, o que dificultaria, sobremaneira, a intervenção de qualquer ente público ou mesmo impossibilitaria a proibição do acesso a tais ferramentas. Mormente a *deep web* tem sido utilizada para o cometimento de crimes como estelionato e pornografia infantil. Contudo, não somente a isto se presta, sendo proporcionador de desenvolvimento cultural e principalmente de liberdade de expressão, muito embora tenha tomado a pecha de ferramenta para o cometimento de crimes.

39 KAPLANOV, Nikolei M. Nerdy Money: Bitcoin, the Private Digital Currency, and the Case Against its Regulation. *25 Loyola Consumer Law Review. Rev. 111* (2012). Disponível em: <<http://lawcommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1920&co>

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, assim, quanto ao que se busca dar o devido destaque em relação ao fenômeno Bitcoin, que, muito embora seja possível uma regulamentação da utilização, é de difícil ou praticamente impossível possibilidade de os estados nacionais proibirem o uso da referida moeda. Isso por que, como vimos, é algo que está além das fronteiras nacionais e se impõe pela globalidade que possui.

Da mesma forma com que é de difícil invasão o sistema de Bitcoin, dada a distribuição do banco de dados (*blockchain*), também impossível a um Estado proibir o acesso de seus nacionais, uma vez que o servidor não está localizado em espaço geográfico determinável e inexistente a figura de um regulador central, tratando-se de tecnologia autônoma e difundida globalmente.

Nesse contexto, a soberania do Estado não pode ser vista da forma tradicionalmente concebida, sendo a globalização fenômeno que determina alterações e produz implicações nas mais diversas vertentes, sendo inerente ao caso do presente estudo, uma vez que o Bitcoin se traduz, justamente, na ideia de minimização de barreiras internacionais para uma livre circulação de riquezas.

Dessa forma, esforço inválido terá um Estado que se proponha a proibir (ou regulamentar de forma muito ostensiva) o Bitcoin, haja vista que a soberania deve ser analisada dentro dos preceitos atuais de globalidade, de forma a não mais se considerar apenas uma nação ou outra, mas sim uma nação global.

Destaca-se o fato de que a tecnologia contribui, de forma preponderante, para essa concepção globalizada em que a soberania do Estado não deixa de existir, mas deve ser analisada sob uma ótica coletiva e não apenas no interesse deste ou daquele estado nacional.

Assim, nada obstante a dificuldade de se proibir a utilização do Bitcoin, se vê que, ainda de sua eventual possibilidade, não haveria razão para fazê-lo. Isso porque a soberania estatal não está em cheque como alguns líderes governamentais defendem (a moeda é proibida, por exemplo, no Vietnã, na Bolívia, no Equador, no Quirguistão e em Bangladesh, tendo sofrido grande número de restrições também na China e Coréia do Sul), sendo perfeitamente possível uma harmonia entre os sistemas financeiros e o Bitcoin, como se vê nos Estados Unidos, por exemplo, não havendo que se falar em violação à soberania do Estado.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOLLEN, Rhys. The Legal Status of Online Currencies: Are Bitcoins the Future? *Journal of Banking and Finance Law and Practice*. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2285247>>. Acesso em: 29 out. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Página Inicial. Atividade Legislativa. *Projetos de Lei e Outras Proposições*. PL 2303/2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

CALVERY, Jennifer Shasky. *Before the United States Senate Committee on Homeland Security and Government Affairs*. p. 9-10. Disponível em: <<https://www.fincen.gov/sites/default/files/2016-08/20131118.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

CASSEB, Paulo Adib. Moedas digitais na sociedade da informação: aspectos constitucionais. In: BARBOSA, Tatiana Casseb Bahr de Miranda et al. (Coord.) *A revolução das moedas digitais: Bitcoins e Altcoins*. Cotia:

- Revoar, 2016.
- CLOUGH, Jonathan. *Principles of Cybercrime*. New York: Cambridge University Press, 2010.
- GRINBERG, Reuben. Bitcoin: An Innovative Alternative Digital Currency. *Hastings Science & Technology Law Journal*, v. 4. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1817857>>. Acesso em: 29 out. 2017.
- GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Globalização, transnacionalidade e os contornos de uma democracia da pós-modernidade. In: PASOLD, Cesar; SANTO, Davi do Espírito. *Reflexões sobre a teoria da Constituição e do Estado*. Florianópolis: Insular, 2013.
- HAJDARBEGOVIC, Nermin. *Bitcoin Foundation to Standardise Bitcoin Symbol and Code Next Year*. Coindesk. Disponível em: <<https://www.coindesk.com/bitcoin-foundation-standardise-bitcoin-symbol-code-next-year/>>. Acesso em: 18 nov. 2017.
- HARVEY, Campbell R. *Bitcoin Myths and Facts*. 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2479670>>. Acesso em: 30 out 2017.
- HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 10 ed. São Paulo: LTr, 2009.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. *Currency Codes – ISO 4217*. Disponível em: <<https://www.iso.org/iso-4217-currency-codes.html>>. Acesso em: 18 nov. 2017.
- KAPLANOV, Nikolei M. Nerdy Money: Bitcoin, the Private Digital Currency, and the Case Against its Regulation. *25 Loyola Consumer Law Review*. Rev. 111 (2012). Disponível em: <<http://lawcommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1920&context=lclr>>. Acesso em: 30 out 2017.
- KELSEN, Hans. *O Estado como integração: um confronto de princípio*. São Paulo: M. Fontes, 2003.
- LAAN, Cesar Van Der. *É Crível uma Economia Monetária Baseada em Bitcoins? Limites à disseminação de moedas virtuais privadas*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dezembro /2014 (Texto para Discussão nº 163). Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/estudos>>. Acesso em: 05 out. 2017.
- LÉVY, Pierre. *O que é virtual?* São Paulo: 34, 1996.
- MOUGAYAR, Willian. *Blockchain para negócios: promessa, prática e aplicação da nova tecnologia da internet*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017.
- PASOLD, Cezar Luiz; FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o futuro do estado constitucional moderno. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 1, fev./maio. 2016.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- PLASSARAS, Nicholas. Regulating Digital Currencies: Bringing Bitcoin within the Reach of the IMF. *Chicago Journal of International Law*, 14 Chi J Intl L (2013) Forthcoming. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2248419>>. Acesso em: 29 out. 2017.
- PRATTI, Lisiane Peccin. A regulação do ambiente digital: propósitos, objetivos e resultados. In: CHARNE-SKI, Heron. *Liberdade na Era Digital*. Porto Alegre: IEE, 2011.
- ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda na era digital*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014.
- UNITED STATES DISTRICT COURT. Eastern District of Texas. Sherman Division. *Securities and Exchange Commission vs. Trendon T. Shavers and Bitcoin Savings and Trusts, case n. 4:13-CV-416*. Disponível em: <<http://ia800904.us.archive.org/35/items/gov.uscourts.txed.146063/gov.uscourts.txed.146063.23.0.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2017.
- UNITED STATES OF AMERICA. Washington (DC). The Law Library of Congress. *Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions*. Jan. 2014. Disponível em: <<http://www.loc.gov/law/help/bitcoin-survey/regulation-of-bitcoin.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

WACHOWICZ, Marcos. O “novo” Direito Autoral na Sociedade Informacional. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012.

WALLACE, Benjamin. *The rise and fall of bitcoin*. Wired. Disponível em: <https://www.wired.com/2011/11/mf_bitcoin/>. Acesso em: 18 nov. 2017.

YERMACK, David. Is Bitcoin a Real Currency? *An Economic Appraisal*. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2361599>>. Acesso em: 29 out. 2017.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Blockchain e Agenda 2030
Blockchain and Agenda 2030

Danielle Mendes Thame Denny

Roberto Ferreira Paulo

Douglas de Castro

VOLUME 7 • Nº 3 • DEZ • 2017
DIREITO E MUNDO DIGITAL

Blockchain and Agenda 2030

Danielle Mendes Thame Denny**

Roberto Ferreira Paulo***

Douglas de Castro****

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de analisar a Agenda 2030 frente à possibilidade do uso de plataformas digitais para implementar políticas públicas, integrando indivíduos, empresas e governos. Primeiramente discorre sobre as características da Agenda 2030, na sequência identifica as iniciativas já aplicadas de uso de tecnologia para implementar a governança socioambiental, para, então, apontar as falhas técnicas com relação aos mecanismos de monitoramento atual e apresentar as vantagens que o uso da tecnologia de contabilidade distribuída poderia trazer. A conclusão principal do trabalho é que o monitoramento é fundamental para a efetividade das ferramentas de governança global que visem implementar os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 e que o uso do blockchain tem muito a contribuir para coordenar interesses antagônicos na busca de metas comuns, quantificáveis e verificáveis. A metodologia escolhida foi a análise qualitativa com pesquisa documental, legislativa e bibliográfica.

Palavras-Chave: Blockchain. Agenda 2013. Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. Governança Global.

ABSTRACT

This article analyses the use of digital platforms to implement public policies, integrating individuals, companies and governments regarding the implementation of Agenda 2030. First, it shows the legal characteristics of the Agenda 2030 and the technical initiatives already in place to implement the social-environmental governance. After that the text points out some failures with respect to the current monitoring mechanisms and presents the advantages that the use of the technology of accounting distributed could bring. The main argument of this paper is that monitoring is critical to the effectiveness of global governance tools aimed at implementing the Sustainable Development Goals of Agenda 2030 and that the use of the blockchain has much to contribute to it, by coordinating antagonistic interests in the pursuit of common goals, quantifiable and verifiable. The methodology used was the qualitative analysis with documental, legislative and bibliographic research.

Keywords: Blockchain. Agenda 2013. Sustainable Development Goals. Global Governance.

* Recebido em 31/10/2017
Aprovado em 12/12/2017

** Pesquisadora Visitante no Whitney and Betty MacMillan Center for International and Area Studies na Universidade Yale, EUA. Doutoranda em Direito Ambiental Internacional na Universidade Católica de Santos, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Professora de Direito da Informática na Universidade Paulista e de Direito da Comunicação na Fundação Armando Álvares Penteado. E-mail: danielle.denny@gmail.com

*** Pós-graduado em Tecnologia da Informação. Trabalha nessa área na Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. Bacharel em Administração pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. E-mail: rfpaulo@gmail.com

**** Pós-doutorando da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Doutor em Ciência Política - Relações Internacionais pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. LL.M. em Direito Internacional pela Brigham Young University. Professor de Direito Internacional e Relações Internacionais na Universidade Paulista. E-mail: dougcastro@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A Agenda 2030¹ da ONU, para o Desenvolvimento Sustentável, é uma declaração internacional, um acordo político assinado por todos os membros das Nações Unidas. Apesar de seu caráter não vinculante juridicamente, pretende incitar compromissos ambiciosos e orientar políticas, e, para tanto, estabelece um conjunto de metas e objetivos universais: acabar com a pobreza e a fome; combater as desigualdades; construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas; proteger os direitos humanos; promover a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres; proteger os recursos naturais. Isso tudo ao mesmo tempo em que são criadas condições para um crescimento econômico socioambientalmente sustentável para que a prosperidade seja compartilhada e promova o trabalho decente e justo².

Assinando essa declaração, os Estados se comprometeram a alinhar suas prioridades nacionais com os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODSs)³, trabalhando em conjunto com o setor privado e a sociedade civil. Dessa forma os governos iniciaram uma nova etapa cooperativa multilateral para mobilizar esforços para acabar com a pobreza, enfrentar as desigualdades e enfrentar as mudanças climáticas até 2030. Isso porque os ODSs são os sucessores dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODMs)⁴, que estiveram vigentes de 2000 a 2015 e cujo papel fundamental foi estruturar políticas públicas em torno de: redução da pobreza; universalização da educação básica; igualdade de gênero e autonomia das mulheres; menor mortalidade infantil; melhor saúde materna; combate à AIDS, malária e outras doenças; sustentabilidade ambiental e parceria global para o desenvolvimento.

A proposta de uma grande “missão coletiva”, comprometida em “não deixar ninguém para trás”, reconhecendo que a dignidade da pessoa humana é fundamental, faz com que os ODSs tenham de ser buscados para todas as nações e povos e para todos os segmentos da sociedade⁵. Com relação à sua força jurídica, provavelmente, o texto não poderia ser tão audacioso se fosse juridicamente vinculante e estruturado em torno de mecanismos de comando e controle. A inclusão de obrigações coercitivas, ao mesmo tempo em que teriam mais força jurídica, poderiam inibir os Estados de participar ou, ainda pior, desmoralizar o esforço de se atingir um acordo em virtude da ausência de poder de polícia e de controle judicial, características típicas do Direito Internacional. Isso incita a formação da *soft law* que, em razão da complexidade e interdependência dos fenômenos sociais e naturais, têm papel fundamental na aproximação do direito aos

1 UNITED NATIONS. *Agenda 2030*. 2015. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E>. Acesso em: 17 out. 2017.

2 UNITED NATIONS. *Agenda 2030*. 2015. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E>. Acesso em: 17 out. 2017. p. 3.

3 A Agenda 2030 propõe 17 objetivos e 169 metas para orientar uma ação mundial coordenada entre os governos, as empresas, a academia e a sociedade civil. Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável são: 1) Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares; 2) Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável; 3) Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades; 4) Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos; 5) Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas; 6) Garantir disponibilidade e manejo sustentável da água e saneamento para todos; 7) Garantir acesso à energia barata, confiável, sustentável e renovável para todos; 8) Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo, e trabalho decente para todos; 9) Construir infraestrutura resiliente, promover a industrialização inclusiva e sustentável, e fomentar a inovação; 10) Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles; 11) Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis; 12) Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis; 13) Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e seus impactos; 14) Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável; 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; 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; 17) Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável.

4 UNITED NATIONS. United Nations Millennium Declaration ONU. *Declaração do Milênio*. 2000. Disponível em: <<http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

5 UNITED NATIONS. *Agenda 2030*. 2015. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E>. Acesso em: 17 out. 2017. p. 3.

problemas enfrentados pela comunidade internacional ⁶.

Assim, com uma linguagem não vinculante, a Agenda 2030 pretende articular a governança socioambiental global, integrando diversas arenas de autoridade transnacional, internacional, nacional e subnacional com empresas, organizações, indivíduos e outros atores. Nessas características, processos estruturados, transparência e precisão quanto às responsabilidades, objetivos e metas verificáveis podem fazer mais diferença, ser mais significativos na prática para regular as ações internacionais que o estabelecimento de sanções jurídicas. Os recursos, os conhecimentos técnicos e a representação democrática devem ser combinados para tal e a resolução global de problemas exige uma rede bem orquestrada para lidar com padrões de consumo, energia, alimentação, trabalho, urbanização, mídia social, resiliência, etc.

No Brasil foi criada a Comissão Nacional para os ODS⁷ (cuja posse foi em 29 de junho de 2017). Esse órgão federal será o responsável por internalizar no ordenamento jurídico brasileiro as questões relacionadas aos ODS, transformando-as em diretrizes de políticas públicas no direito interno, dessa forma, difundindo e dando transparência ao processo de implementação da Agenda 2030 no Brasil. Formada por 32 representantes, entre titulares e suplentes, se constitui como comissão paritária, com igual número de membros da sociedade civil e dos governos e com competência consultiva para identificar, sistematizar e divulgar boas práticas e iniciativas que colaborem para se alcançar os ODS.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística prestarão assessoria técnica contínua à Comissão, para o “desenvolvimento, implementação e promoção de iniciativas que apoiem os ODS, com ações voltadas para as dimensões econômica, social, ambiental e institucional”⁸. Esses institutos contam com pesquisadores que já estudam as temáticas relacionadas a todos os ODS e atuam nas quatro dimensões do desenvolvimento sustentável: social, econômica, ambiental e institucional. O repositório estatístico e bibliográfico dessas instituições tem a capacidade de fundamentar decisões e promover a articulação de interesses divergentes da iniciativa privada e da sociedade civil, com os diversos órgãos e entidades públicas para a disseminação e implementação dos objetivos em níveis federal, estadual, distrital e municipal.

Ainda assim, como a Agenda 2030 é uma declaração sem poder coercitivo, reverbera os mesmos prós e contras de carta de princípios e iniciativas similares anteriores, especialmente em relação à falta de medidas de monitoramento e de ferramentas de financiamento. Como avaliar o cumprimento ou não das metas, iniciativas e princípios formulados? Apesar de seu caráter *soft*, ou seja, não vinculante, esse tipo de governança complexa parece ser o melhor método disponível para lidar com os desafios socioambientais atuais.

Nesse contexto, formas ativas e efetivas de participação da sociedade civil estão ligadas, diretamente, ao sucesso ou fracasso da Agenda 2030. Este artigo aponta para o uso da infraestrutura de blockchain como forma de contribuição para isso em diversos aspectos, principalmente quando há grande quantidade de documentos, burocracia e diversos *stakeholders* envolvidos.

O principal argumento deste texto é, portanto, que a adoção do blockchain tem implicações importantes para os objetivos e metas rumo a um desenvolvimento mais sustentável. Como parte da construção do argumento, a descentralização do blockchain possui as condições de acomodar os desafios da pulverização dos interesses nacionais na política internacional e da participação de atores não estatais⁹.

6 NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e Normas do Direito Internacional*. Um Estudo Sobre a Soft Law. 2. São Paulo: Atlas, 2006.

7 BRASIL. Presidência da República. *Dec. 8892/16*: Cria a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8892.htm>. Acesso em: 23 nov. 2017.

8 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Ipea participa da primeira reunião do Projeto Brasil ODS 2030*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30492&catid=4&Itemid=2>. Acesso em: 4 dez. 2017.

9 Chamamos a atenção para o fato de que a tecnologia de blockchain está normalmente associada ao controle de criptomoedas e a sua tensão com a jurisdição estatal ao lidar com o fator da descentralização da produção e circulação de moedas, ou seja, um tema diretamente relacionado com a territorialidade, soberania, regulação jurídica e tributação. Para um exame desta relação e as suas

2. SISTEMA INTERNACIONAL, MEIO AMBIENTE E SOCIEDADE CIVIL

Os desafios ambientais que definitivamente entraram na agenda política internacional são de extrema complexidade, tendo em vista que seus efeitos não respeitam as fronteiras artificialmente criadas pelos Estados e a soberania por eles tida como princípio basilar. Nesse sentido, Ian Johnstone¹⁰ sintetiza o contexto jurídico internacional em questão como sendo notavelmente descentralizado: não há um órgão legislativo global, nenhum tribunal centralizado com jurisdição compulsória sobre as disputas transfronteiriças ou órgão administrativo com poder de polícia global capaz de executar as regras internacionais. Essa natureza descentralizada e *ad hoc* do sistema jurídico internacional leva alguns doutrinadores a sugerir que a lei é de pouca relevância para a paz e a segurança internacionais, de que as leis existentes, apenas, refletem a distribuição de recursos materiais e de poder entre os estados¹¹.

Destarte, para além do exercício das relações de poder, da obtenção de capacidades materiais e puramente a defesa dos interesses nacionais, superar os desafios ambientais aponta para posturas e abordagem holísticas que se traduzam em medidas promotoras de maior equidade, que possam dar conta do que apontam Heyward e Roser como um caso típico de problemas que os Estados até o presente não conseguem prover resposta apropriada¹². Tomemos como exemplo as mudanças climáticas, as consequências que serão sofridas pelos seres humanos do futuro em virtude da quantidade de gases de efeito estufa na atmosfera demanda medidas de limitação das emissões. Porém, os que mais sofrerão as consequências são os que menos contribuíram para o problema e que possuem menos poder para influenciar as ações dos demais Estados. Os efeitos, como eventos climáticos extremos, terão consequências desproporcionalmente mais severas em países com menos recursos¹³ e cuja população já enfrenta extrema pobreza, porém, nessas localidades, o poder instituído tende a ser fraco internacionalmente.

Com isso, o envolvimento de atores não estatais para a ser fundamental para abordar esses problemas ambientais, bem como para dar provimento a possíveis e desejáveis soluções, cuja apatia dos Estados até o presente mostra-se desconcertante¹⁴. Um dos traços marcantes do atual sistema internacional é o aumento da participação de atores não estatais que, ante a ineficiência, inabilidade e/ou demora do Estado em

implicações indicamos os artigos publicados na edição especial Direito e Mundo Digital (v. 7, n. 3, 2017) da Revista Brasileira de Políticas Públicas: TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; SILVA, Felipe Rangel. Bitcoin e a (im)possibilidade de sua proibição: uma violação à soberania do Estado? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017. FOLLADOR, Guilherme Broto. Criptomoedas e Competência Tributária. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017; e SOUZA, Ranidson Gleyck Amâncio. Território das criptomoedas: limites à regulamentação estatal quanto à circulação de moedas no ciberespaço e possíveis alternativas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

10 CHESTERMAN, Simon; MALONE, David; JOHNSTONE, Ian. *Law and Practice of the United Nations ebook by Simon Chesterman*. UK: Oxford University Press, 2016. Disponível em: <<https://www.kobo.com/br/pt/ebook/law-and-practice-of-the-united-nations>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

11 Nas palavras originais do autor: “A distinctive feature of the international legal system is its decentralized character: there is no global legislative body, no central tribunal with compulsory jurisdiction over all disputes, and no administrative body with overarching executive powers. The decentralized and ad hoc nature of the system has led respected commentators to suggest that law is of little relevance to international peace and security, that such law as exists merely reflects the distribution of material resources among states. Law is a tool of state power” BARNETT, Michael; DUVALL, Raymond (Org.). *Power in Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 187.

12 HEYWARD, Clare; ROSER, Dominic (Org.). *Climate Justice in a Non-Ideal World*. Oxford New York, NY: Oxford University Press, 2016. p. 2.

13 Essa desproporção é reconhecida pela iniciativa InsuResilience Global Partnership for Climate and Disaster Risk Finance and Insurance Solutions, que foi lançada na Conferência das Partes do Acordo Climático da ONU em 2017 em Bonn, o texto em inglês: “developing countries, and particularly the poorest and most vulnerable communities, are disproportionately affected by climate change. Exposure to shocks, such as floods and storms, and stresses such as droughts or changing rainfall patterns, can also affect those who are not poor but remain vulnerable. With the frequency of such events set to rise with climate change, communities’ capacity to absorb climate shocks and stresses represents a key component of climate resilience” UN INSURESILIENCE. InsuResilience Global Partnership for Climate and Disaster Risk Finance and Insurance Solutions. *Absorbing climate impacts*. Climate CoLab. Disponível em: <<https://climatecolab.org/contests/2017/absorbing-climate-impacts>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

14 HEYWARD, Clare; ROSER, Dominic (Org.). *Climate Justice in a Non-Ideal World*. Oxford New York, NY: Oxford University Press, 2016. p. 2.

responder aos desafios ambientais, tomam a frente, *vis-à-vis* as crescentes demandas e ameaças sociais e ambientais que se observam com base no incremento do processo de globalização. Conforme coloca Mathews, esses novos atores como empresas e uma multiplicidade de grupos de cidadãos, conhecidos como organizações não governamentais, estão compartilhando poderes com os Estados, incluindo papéis políticos, sociais e de segurança centrais à soberania.¹⁵

A emergência e crescente importância dos atores não estatais, ainda que consideremos a instrumentalidade do direito internacional como elemento de poder e a ontologia da *soft law* que aponta para padrões não vinculativos, passa a pressionar, cada vez mais, as aplicações e interpretações que são feitas do direito internacional pelos Estados e como aqueles que sofrem os efeitos diretos da degradação ao meio ambiente (em sua grande maioria os pobres) se posicionam ante à problemática. Assim, a força e a efetividade que se possam atribuir aos preceitos e princípios imbricados na Agenda 2030 estão associadas aos movimentos e significados que se possam construir no seu entorno.

A criação e a aplicação do direito internacional envolvem um esforço intersubjetivo de interpretação e busca de uma compreensão intersubjetiva da norma jurídica em questão. A tarefa interpretativa irá verificar o que a lei significa para as partes em um tratado ou assuntos de uma norma se integram a um conjunto normativo mais abrangente e não relacionado a qualquer um individualmente. A interpretação jurídica internacional envolve um processo interativo, cujos parâmetros são definidos por uma comunidade interpretativa de diversos atores.¹⁶

Esta pesquisa constata que a construção de uma interpretação no entorno da Agenda 2030 que possa gerar suficiente consenso está associada a quatro fatores: (1) a compreensão dos exatos contornos dos compromissos assumidos pelos Estados ao firmar o compromisso da Agenda 2030; (2) o reconhecimento das dificuldades e formas de monitoramento das obrigações assumidas; (3) a utilização de auditorias permanentes; e (4) garantir a perenidade dos dados. Nos itens 3 e 4, o uso de ferramentas tecnológicas tem muito a contribuir.

Na próxima parte do artigo, serão apresentadas as dificuldades metodológicas de acompanhamento da implementação da Agenda 2030 e algumas tecnologias existentes para que o arcabouço teórico possa ser testado empiricamente na busca de maior eficácia e efetividade na governança internacional principalmente relacionada a meio ambiente, área em que, como apontado anteriormente, verifica-se apatia e inação estatal prejudicando os mais necessitados. Trata-se de um esforço investigativo no sentido de apresentar propostas para lidar com sistemas híbridos em que diversas formas de governança operam simultaneamente, buscando formas de coordenação que precisam ser mais comuns principalmente na busca dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável¹⁷.

15 Nas palavras originais do autor: They are sharing powers -- including political, social, and security roles at the core of sovereignty -- with businesses, with international organizations, and with a multitude of citizens groups, known as nongovernmental organizations (NGOs). The steady concentration of power in the hands of states that began in 1648 with the Peace of Westphalia is over, at least for a while. MATHEWS, Jessica T. Power Shift. *Foreign Affairs*, n. Jan./Feb. 1997. Disponível em: <<https://www.foreignaffairs.com/articles/1997-01-01/power-shift>>. Acesso em: 31 out. 2017. p. 50.

16 Nas palavras do autor: “international law is an intersubjective enterprise. Interpretation is the search for an intersubjective understanding of the legal norm at issue: the interpretive task is to ascertain what the law means to the parties to a treaty or subjects of the law collectively rather than to any one of them individually. International legal interpretation is not “a conversation with [one] self, as joint author and critic” – Ronald Dworkin’s (1986: 58) metaphor – but rather an interactive process, the parameters of which are set by an interpretive Community” BARNETT, Michael; DUVALL, Raymond (Org.). *Power in Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 192.

17 Nas palavras dos autores: “Hybrid systems in which several forms of governance operate simultaneously, and even with an element of coordination, are not only possible – they are also increasingly common in the realm of sustainable development” DELMAS, Magali A.; YOUNG, Oran R. (Org.). *Governance for the Environment: New Perspectives*. Cambridge, UK ; New York: Cambridge University Press, 2009. p. 3.

3. DIFICULDADES PARA IMPLEMENTAÇÃO DA AGENDA 2030

As iniciativas de cada um dos diversos agentes para implementação dos ODSs ainda são pouco coordenadas e sem métricas comparáveis e auditáveis em tempo real. A metodologia utilizada para avaliar o efeito do ODS precisa incluir as análises de longo prazo sobre o ciclo de vida dos produtos e a entrada e saída da produção. As análises de dados têm de tirar proveito da comparação de informações cruzadas, independentemente das fronteiras nacionais, para refletir os direitos humanos e as medidas ambientais sociais de toda a cadeia de suprimentos. Ivanova indica muitas melhorias nas métricas que precisam ser feitas. Para ela precisa haver uma Avaliação de Suficiência de Recursos¹⁸ que é o uso de métricas estabelecidas para determinar se a demanda atual e projetada para recursos naturais é congruente com os recursos existentes, usando avaliação do ciclo de vida a modelagem de entrada-saída contábeis por exemplo.

Tanto para empresas como para formuladores de políticas e para o público em geral, é preciso haver uma compreensão mais clara sobre a sustentabilidade ecológica, quantos ativos ambientais estão disponíveis e quais são as limitações de recursos naturais. Assim, podem reduzir sua dependência de recursos escassos, projetar o longo prazo e conseguir mais vantagem competitiva.

As iniciativas de medição privadas, também, enfrentam a dificuldade de definir o melhor índice para espalhar o processo de avaliação mais pertinente com a realidade e para possibilitar uma comparação mais ampla entre os Estados e as empresas. Uma iniciativa para fechar essa lacuna é o Índice de Desempenho Ambiental, uma proposta orientada pelo uso de grande volume de dados de diferentes fontes que busca lidar com desafios ambientais críticos relacionados à saúde e ao ecossistema. O indicador usa uma análise de dados de ponta para fornecer uma visão global do desempenho ambiental com métricas país por país para melhor informar a tomada de decisões¹⁹. As métricas agregam mais de 20 indicadores ambientais a nível nacional, combinados em nove categorias de questões, de acordo com o Fórum Econômico Mundial.

Outro tipo de avaliação é a que mede o desempenho dos negócios. Muitas iniciativas desse tipo têm surgido, mas de acordo com o WWF / ISEAL, o que torna um sistema de padronização e indexação confiável é: 1) transparência; 2) um processo de participação de várias partes interessadas, envolvendo toda a cadeia de suprimentos de empresas, sociedade civil, governos, instituições de pesquisa e ONGs, com tomada de decisão equilibrada; 3) verificação independente por auditores externos ou órgãos de certificação; e 4) melhoria contínua²⁰.

Esse tipo de iniciativa é utilizado sobretudo pelas multinacionais, que têm que gerenciar sua produção globalmente, comprovar melhores práticas e ter ferramentas que possibilitem a comparação de suas diversas unidades de produção de acordo com critérios uniformizados. Dessa forma há um aumento substancial na demanda por padrões confiáveis, especialmente para acompanhar o impacto que os investimentos têm. Esta é a conclusão do relatório GIIN de 2017 que também verificou que 60% dos investidores rastreiam, ativamente, o desempenho financeiro de seus investimentos em relação aos ODSs ou planejam fazê-lo em breve²¹.

Os padrões de sustentabilidade podem variar amplamente, especialmente em relação ao nível de desempenho que exigem, alguns são fáceis de alcançar e, portanto, geralmente utilizados como uma forma de

18 IVANOVA. Assessing the Outcomes of Rio+20 “State of the World Governing for Sustainability. *The World Watch Institute*, v. 2014, p. 150, 2014.

19 HSU, Angel et al. *EPI 2016 Environmental Performance Index*. New Haven, CT, USA: Yale University., 2016. Disponível em: <http://epi.yale.edu/sites/default/files/2016EPI_Full_Report_opt.pdf>. p. 15.

20 WWF/ISEAL. *SDGs mean business: How credible standards can help companies deliver the 2030 agenda* (2017). 2017. Disponível em: <<http://www.standardsimpacts.org/resources-reports/wwfiseal-report-sdgs-mean-business-how-credible-standards-can-help-companies>>. Acesso em: 18 maio 2017. p. 15.

21 MUDALIAR, Abhilash et al. *Annual Impact Investor Survey 2017*. [S.l.]: Global Impact Investing Network, 2017. Disponível em: <<https://thegiin.org/knowledge/publication/annualsurvey2017>>. Acesso em: 31 maio 2017. p. 15.

apenas parecer sustentável sem realmente se comprometer e aplicar os esforços necessários para tornar-se realmente mais sustentável; esse tipo de maquiagem é chamada de *greenwash*. Essa prática pode ter um efeito rebote muito negativo sobre a reputação da empresa usando esse truque. Outros padrões, ao contrário, são bastante consistentes, amplos e podem vir a ser muito exigentes e custosos. Alguns se concentram em evitar as piores práticas corporativas, outros estabelecem caminhos rigorosos de melhoria contínua a serem seguidos para alcançar a boa governança.

O impacto efetivo que um padrão de sustentabilidade pode ter para orientar as empresas para um caminho mais sustentável depende muito das qualidades monitoradas, do processo de conformidade e dos mecanismos de *due diligence*²², que podem ser entendidos como padrões esperados de conduta ou processos de mitigação de riscos. Mas também a leitura externa do padrão é muito importante. O modo como os consumidores e outras partes interessadas valorizam esse padrão está diretamente relacionado com a capacidade de fornecer incentivos indiretos para mobilizar investimentos dos atores nas cadeias de suprimentos para implementar os padrões de qualidade. A melhoria do desempenho tem de ser vista como possibilidade de: conseguir melhor qualidade e economia na sua produção, proporcionar melhor acesso ao mercado, melhores condições do contrato e, muitas vezes, um preço direto maior (afinal os melhores produtos e serviços podem custar mais).

A grande parte dos pontos fracos quanto ao modelo de metas é a desorganização dos esforços coletivos necessários para implementar os ODS. Além disso, não há marcos intermediários antes de 2030, se os países não cumprirem os objetivos, nada efetivo pode ser feito para forçá-los de outra forma. Esse feedback é necessário para permitir uma relação mais condizente entre políticas aventadas e resultados obtidos. Hoje, os países declaram que cumprirão, mas, na realidade, não investem dinheiro, pessoas ou tempo na implementação efetiva do que declararam.

Promover o envolvimento dos cidadãos na governança e avaliar os efeitos das intervenções sobre a vida das pessoas ainda é um desafio. E como o GovLab apontou “nós medimos o que valorizamos”²³. Os indicadores estão inextricavelmente ligados aos valores (mesmo os do tipo estatístico). Nesse sentido, a Agenda 2030, seguindo a recomendação do The GovLab, deve “envolver-se com os cidadãos para determinar o sucesso e o que medir” com “o uso de dados importantes para fornecer feedback em tempo real”²⁴. O processo legislativo, por outro lado, tende a ser hermético, de cuja formação participam, apenas, os assessores e funcionários públicos que apoiam os políticos. Somente quando uma conta ou política está pronta é submetida à consulta pública para ser ajustada. Em muitos casos, a sociedade é mantida afastada do processo de formulação das leis e das políticas.

Um governo aberto seria muito útil para restaurar a confiança nas instituições destinadas a implementar os ODS e, provavelmente, apresentaria soluções mais inovadoras e cientificamente orientadas, menos marcadas pelas pressões políticas e pela tendência de manter o status quo. O uso de novas tecnologias pode permitir

22 Ruggie e Sherman explicam detalhadamente essa dicotomia de conceitos principalmente quando aplicada à responsabilidade corporativa. O texto original no artigo em inglês é: “two meanings of due diligence. Bonnitcha and McCorquodale trace due diligence as a standard of conduct back to Roman law, [...]. In turn, [...] in a business context due diligence is normally understood in transactional terms, whereby a business identifies and manages commercial risks. [...] Webster’s first definition of due diligence is ‘the care that a reasonable person exercises to avoid harm to other persons or their property.’ The UNGPs change what we should now consider ‘reasonable,’ in the common sense use of that term, when it comes to business responsibility for human rights impacts—including remediation” RUGGIE, John Gerard; SHERMAN, John F. *The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. Reply to Professors Bonnitcha and McCorquodale. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2017. p. 5.

23 BARNETT, Aleise; DEMBO, David; G. VERHULST, Stefaan. *Toward Metrics for Re(imagining) Governance: The Promise and Challenge of Evaluating Innovations in How We Govern*. 2013. Disponível em: <<https://www.thegovlab.org/static/files/publications/GovLabMetrics.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2017. p. 13.

24 BARNETT, Aleise; DEMBO, David; G. VERHULST, Stefaan. *Toward Metrics for Re(imagining) Governance: The Promise and Challenge of Evaluating Innovations in How We Govern*. 2013. Disponível em: <<https://www.thegovlab.org/static/files/publications/GovLabMetrics.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2017. p. 13

que as pessoas mais qualificadas busquem os dados, analisem e comparem e participem, colaborem, ajam. Beth Noveck cria um termo para denominar esse tipo de política que aproveita a colaboração disseminada: “governança inteligente”, que ganha “a experiência e a capacidade distribuídas em uma sociedade em rede”²⁵.

O sistema de monitoramento atual não reflete esse impacto real na vida das pessoas e não consegue incorporar a importante liderança de empresas privadas. Basicamente, apenas os governos ficam responsáveis por atualizar seus dados nos sistemas de rastreamento atuais. Portanto, a Agenda 2030 não tem instrumentos para monitorar o que as empresas grandes e pequenas estão fazendo em todo o mundo para alcançar os ODSs, especialmente as transnacionais que estão em uma posição muito favorável para implementar tecnologias de ponta e soluções de gerenciamento em larga escala e são essenciais para direcionar a economia para uma direção mais ecológica. Certamente, suas colaborações devem ser consideradas com cautela pois conferir poder às empresas pode servir para refletir o *status quo*, os lobbys ou mecanismos de corrupção, mas sua parceria não só seria conveniente, mas também indispensável.

4. DESAFIOS PARA MONITORAMENTO DO CUMPRIMENTO DA AGENDA 2030

Avaliar o impacto dos ODS no âmbito ambiental, social e econômica é um caso complexo, para tanto as Nações Unidas criaram o DevInfo²⁶ um banco de dados de código aberto para agregar toda a informação ao redor do mundo. É uma ferramenta para organizar, registrar, comparar, elaborar gráficos, mapas, gráficos e apresentar dados de forma uniforme. Isso facilita a comparação e o compartilhamento de dados entre os países na ONU, em vários níveis hierárquicos intragovernamentais e com a sociedade em geral. O DevInfo se originou como ChildInfo, para gerenciar os critérios monitorados pela UNICEF em 2004.

A plataforma da ONU foi atualizada muitas vezes e é difundida por vários países; por exemplo, o Brasil desenvolveu o PortalODM²⁷, por meio de uma parceria entre investimentos públicos e privados para lançar um sistema nacional para consolidar as informações de todos os 5570 municípios brasileiros e, portanto, permitir que o sistema de relatórios dinâmicos DevInfo acompanhe os progressos realizados em meio ambiente, áreas econômicas e sociais em escala global e ao mesmo tempo detalhadamente. O banco de dados permite a atualização de informações em tempo real e usa dados oficiais. Ele cria infografia que ajuda a comparação, análise, a defesa de interesses e a tomada de decisão. Como ferramenta de gestão pública, também permite a comparação entre estados e municípios.

Porém, os dados são atualizados pelos próprios órgãos governamentais, portanto, há uma controvérsia considerável sobre a precisão das estatísticas e a credibilidade da linha de base escolhida para monitorar eventuais melhorias ou piores. Além disso, os dados fornecidos pelos governos, geralmente, estão desatualizados, isso ocorre porque uma informação precisa, amplamente publicada de forma transparente, ainda não está disponível para a maioria dos países em desenvolvimento. Esse tempo de atraso deve ser combatido pela digitalização, principalmente por meio do processo de coleta e monitoramento de dados diretamente digital, ampliando o uso de dispositivos móveis e eletrônicos para tanto. Outro aspecto é o limite da infraestrutura em muitos países, especialmente a falta de banda larga sem fio e acesso remoto para permitir a coleta e monitoramento de dados digitais.

Mais recentemente, o PNUD lançou o ‘ODSs in Action’, um aplicativo de celular que foi desenvolvido para divulgar o conhecimento sobre o SDG, destacando, especialmente, que eles são uma lista de objetivos

25 NOVECK, Beth Simone. *Smart Citizens, Smarter State: The Technologies of Expertise and the Future of Governing*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015. p. 3.

26 UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR. *DevInfo. Development Indicators Unit Institution Statistics Division*. 2013. Disponível em: <<http://www.devinfo.org/libraries/asp/home.aspx>>. Acesso em: 17 out. 2017.

27 PORTALODM. *Relatórios Dinâmicos*. Relatórios Dinâmicos - Portal ODM. Disponível em: <<http://www.relatoriosdinamicos.com.br/portalodm/sobre-o-relatorios-dinamicos>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

para orientar as ações de todos e não algo restrito aos governos e às empresas. A iniciativa foi financiada pela indústria de telefonia móvel e desenvolvida pela GSMA, que representa os interesses de quase 800 operadores móveis em todo o mundo, juntamente com o Project Everyone, uma campanha global sem fins lucrativos para espalhar a mensagem dos ODSs.

A GSMA calcula, em seu relatório anual ²⁸, que existam mais de 4,7 bilhões de usuários individuais de serviços móveis, dos quais 3,4 acessam a internet através de seus celulares. Isso representa dois terços da população mundial que poderia ser capaz de agir por meio dos seus dispositivos na implementação dos ODSs, receber notícias sobre seus 4 objetivos favoritos ou, simplesmente, descobrir o que está sendo feito ou pode ser feito nas proximidades.

As iniciativas de monitoramento atualmente existentes para acompanhar o cumprimento dos ODSs teriam muito a ganhar se fossem integradas a uma infraestrutura de blockchain. Os dados seriam alimentados por uma plêiade de instituições do setor público dos diversos estados membros: bancos centrais; departamentos governamentais, organizações multilaterais, agências governamentais municipais, agências reguladoras etc. Mas os processos de reconciliação desses dados seriam aprimorados, permitindo a obtenção de eficiência operacional, automação, processamento de dados mais rápido e a custos reduzidos.

Ressaltando que a estruturação de mecanismos eletrônicos não basta para a concretização do direito fundamental de participação ²⁹ e que são muito importantes ações voltadas à inclusão digital de modo a garantir a real existência do processo deliberativo e a disseminação da habilidade de interveniência no processo de formação, monitoramento e fiscalização das políticas públicas para um número cada vez maior de pessoas.

Com isso haveria aumento da resiliência da rede que apesar de ser distribuída em todo o mundo passaria a ser acessível e garantida de qualquer localidade, prevenindo fraudes e possibilitando a auditoria pública. Além disso atenderia ao Princípio da Resiliência ³⁰ (Souza, 2014) segundo o qual Estado e sociedade civil, por compartilharem o mesmo contexto social, político e jurídico, “devem aprender a ceder e a dialogar para que o regime estabelecido efetivamente represente a vontade do povo, como se pretende ao usar o termo ‘democrático’ ³¹.

Assim, a maior transparência e rastreabilidade permitiria uma melhor verificação da conformidade das ações práticas de um país para atingir os ODSs e facilitaria a supervisão da ONU e a comparação da performance dos diversos países membros. Além disso o uso da tecnologia possibilitaria a utilização de dados produzidos pelos próprios indivíduos beneficiários finais das políticas públicas, permitindo, portanto, a oportunidade de desenvolver melhores relações entre o estado e o cidadão e a prestação de serviços governamentais mais personalizados e efetivos.

Contudo, conforme será visto mais a frente, a tecnologia ainda está imatura, há questões de confiabilidade, preocupações de segurança, obstáculos de escalabilidade, custos ainda altos e um ambiente regulatório pouco claro para lidar com os problemas potenciais como de proteção de dados.

5. AUDITORIAS E PERENIDADE DE DADOS EM BLOCKCHAIN

A tecnologia de contabilidade distribuída, em inglês *distributed ledger technology* (DLT), tem o potencial de aumentar velocidade e eficiência das colaborações em rede com mais transparência e confiabilidade. A

28 GSMA. *GSMA Annual Report 2016*. London, UK: GSMA, 2016. Disponível em: <http://www.gsma.com/aboutus/wp-content/uploads/2016/09/GSMA_AnnualReport_2016_FINAL.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2017.

29 SOUZA, Luciana. Práticas de E-Cidadania para Implantação de Políticas Públicas. *DPU*, v. 74, seção especial, p. 188–202, 2017.

30 SOUZA, Luciana Cristina de; CAMPOS, Kym Marciano Ribeiro. O princípio da resiliência estatal aplicado nas relações jurídicas e sociais geradas pelo modelo de democracia digital brasileiro. *Revista da AJURIS*, v. 42, n. 139, p. 153–176, 2016.

31 SOUZA, Luciana Cristina de; CAMPOS, Kym Marciano Ribeiro. O princípio da resiliência estatal aplicado nas relações jurídicas e sociais geradas pelo modelo de democracia digital brasileiro. *Revista da AJURIS*, v. 42, n. 139, p. 153–176, 2016. p. 158.

principal característica dessa tecnologia é formar redes distribuídas articuladas em torno de criptografia e de validações consensuais múltiplas (*distributed, encrypted consensus-based networks*)³².

Trata-se de um novo tipo de banco de dados que permite que vários usuários compartilhem informações e possam modificá-las de forma segura e confiável, mesmo que não confiem uns nos outros. Esse banco de dados integra usuários numa rede *peer-to-peer* (P2P), portanto sem qualquer gerente ou coordenador. Mas faz isso de tal forma a alcançar um acordo entre participantes, consistente e confiável, sobre um registro de eventos (por exemplo, “quem possui o que”; “quem atingiu que meta”)

O fato de serem distribuídas dilui o risco de falhas e de controles típicos de quando há um controlador, a criptografia protege a segurança dos dados e as validações múltiplas fazem com que os dados sejam conferidos por vários. Além disso, a publicidade dos algoritmos e de todas as entradas facilita auditorias.

As transações usando essa tecnologia são verificáveis por meio de um uso de criptografia de chave pública. Cada usuário possui duas “chaves”, uma privada, secreta, como uma senha pessoal e intransferível, e outra pública, que pode ser compartilhada com todos e identifica as transações realizadas por esse determinado usuário. Além disso, nas chaves públicas, qualquer um pode verificar que a transação foi de fato assinada com uma chave privada, sendo, portanto, uma troca autêntica que passa a ser registrada de forma perene, identificada com data e hora e divulgada no banco de dados que arquiva todos os registros de transações feitas, como se fosse um grande um livro-razão, chamado de *blockchain*.

Esse tipo de uso de criptografia de chave pública “garante que todos os computadores na rede tenham um registro constantemente atualizado e verificado de todas as transações dentro da rede”³³, ou seja, verifica a autenticidade de todas e as reconcilia com o registro público desse livro-razão, o que impede duplicidades e fraudes. O *blockchain* propicia, portanto, uma contabilidade automática usando a força computacional das máquinas dos usuários para realizar os registros e as reconciliações das transações. A revista “The Economist” sintetizou o *blockchain* como sendo um livro público compartilhado, confiável, que todos podem inspecionar, mas que nenhum usuário controla³⁴. Os participantes em um sistema *blockchain* mantêm a “contabilidade geral” do banco de dados atualizada em tempo real. Além disso os dados registrados somente podem ser modificados de acordo com regras rígidas e se houver um acordo geral³⁵.

Assim, a principal maneira pela qual esse encadeamento de dados é diferente de outras bases de dados distribuídas é que uma *blockchain* é projetada para alcançar um acordo consistente e confiável sobre um registro de eventos entre participantes independentes que podem ter diferentes motivações e objetivos. Por isso os participantes de uma rede *blockchain* conseguem obter consenso sobre mudanças no estado desse banco de dados compartilhado, ou seja, validando as transações entre os usuários, sem a necessidade de confiar na integridade de qualquer dos participantes ou de uma autoridade.

A visão de cada participante do banco de dados compartilhado coincide com a visão de todos os outros participantes o que resolve problema de dupla cobrança, duplicação de arquivos ou corrupção dos dados. Por essa razão, *blockchains* podem facilitar a transferência de ativos e dados sem a necessidade de uma autoridade central confiável.

32 A criptografia neste caso está associada aos padrões de integridade e autenticidade do seu conteúdo, mais do que ao fator da confidencialidade que é próprio de plataformas de comunicação como é o caso do aplicativo WhatsApp. Neste sentido, ver: ABREU, Jacqueline de Souza. Passado, presente e futuro da criptografia forte: desenvolvimento tecnológico e regulação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

33 ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda na era digital*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Ebook.aspx?id=99>>. Acesso em: 17 out. 2017.

34 THE ECONOMIST. *The trust machine*. Disponível em: <<https://www.economist.com/news/leaders/21677198-technology-behind-bitcoin-could-transform-how-economy-works-trust-machine>>. Acesso em: 17 out. 2017.

35 O original em inglês do trecho citado é: “The blockchain [...] is a shared, trusted, public ledger that everyone can inspect, but which no single user controls. The participants in a blockchain system collectively keep the ledger up to date: it can be amended only according to strict rules and by general agreement”.

Além disso os participantes se tornam auditores potenciais, podem verificar, de forma independente, o que eles veem (ou seja, o conteúdo do banco de dados em um momento específico), pois o que acessam é exatamente idêntico para todos os outros participantes. Isso garante que todos os participantes tenham uma visão consistente do estado do banco de dados compartilhado. Como resultado, qualquer alteração incorreta dos dados (por exemplo, adulteração por um usuário mal-intencionado) seria imediatamente detectada, rejeitada e inviabilizada por todos os participantes.³⁶

Se as ferramentas de monitoramento fossem programadas usando *blockchain*, trariam muitas novas possibilidades jurídicas, principalmente relacionada à possibilidade de vincular à rede *smart contracts*. Apesar de chamados de contratos, são programas de computador para executar, automaticamente, algum ato jurídico (por exemplo, comprovação de entrega de bem ou de um pagamento). São procedimentos armazenados nas arquiteturas de banco de dados do blockchain, como ferramenta para automatizar uma grande quantidade de procedimentos negociais e contábeis. Usando o *blockchain*, a execução é validada e garantida pelas regras do sistema distribuído e o resultado é verificável e auditável por todos os participantes da rede. Na prática, os operadores vinculam o código de programação do *smart contract* aos contratos jurídicos normais de prestação de serviços e de compra e venda públicos e privados já existentes.

Em termos técnicos, há, basicamente, duas diferenças, se programados em blockchain, no *protocol layer*³⁷, se tornam automáticos, auto executáveis, não podem mais ser alterados ou suspensos e o resultado computacional se torna visível para todos os usuários, por outro lado, aumenta a exposição a ataques, levanta questões de confidencialidade e de privacidade e demanda muita capacidade computacional para armazenar os dados, transmitir e processar os termos contratuais. Porém, se programados para serem um aplicativo operacionalizado na rede de blockchain, diminuem-se os riscos de ataque, um *bug* no contrato (aplicativo) não compromete a rede toda, há ganhos de confidencialidade e privacidade e facilita a escalabilidade. Ainda assim, há desvantagens, pois se tornam, apenas, indiretamente, autoexecutáveis na rede e se tornam vulneráveis a alterações e suspensões indesejadas.

Um aspecto crucial desse sistema de contabilidade distribuída é alcançar um consenso entre as máquinas conectadas sobre o estado do livro razão em que constam todos os lançamentos. Isso porque não existe uma autoridade central que dê, unilateralmente, a ordem ou confirme a validade das transações dentro do sistema. Assim, o que o algoritmo estabelece é que um conjunto de usuários com permissão, sejam os ‘validadores’, ou seja suas máquinas computacionais têm o direito de criar e assinar os blocos codificados.

O termo “validador” pode levar à confusão, ao implicar algum tipo de superioridade, quando na verdade cada nó envolvido em uma transação específica é capaz de verificar e validar, de forma independente, qualquer transação independentemente dos validadores. Porém, no contexto da formação de consenso, esse conjunto limitado de nós, os validadores, tem autorização de confirmar as transações, criptografar em blocos e vinculá-las na rede. Assim, esses validadores podem ser mais precisamente descritos como “fabricantes de blocos” ou “assinantes”³⁸ para formar um sistema de blocos encadeados.

Nessa função de validador, também podem, em tempo real, verificar e validar transações e, se necessário, rejeitá-las imediatamente. Em suma, os validadores têm a capacidade distribuída de monitorar, supervisionar e auditar trocas, operações e acordos em tempo real, o que poderia melhorar os sistemas de regulamentação existentes hoje.

Quanto à natureza dos ativos digitais transacionados no blockchain: o bem pode ser nativo digital, criado na própria cadeia, como é o caso das criptomoedas ou pode ser uma representação digital de um bem ou

36 HILEMAN, Garrick; RAUCHS, Michel. *2017 Global Blockchain Benchmarking Study*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2017. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=3040224>>. Acesso em: 17 out. 2017. p. 20.

37 HILEMAN, Garrick; RAUCHS, Michel. *2017 Global Blockchain Benchmarking Study*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2017. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=3040224>>. Acesso em: 17 out. 2017. p. 68.

38 TAPSCOT, Don; TAPSCOT, Alex. How Blockchain Will Change Organizations. *MIT Sloan Management Review*, 2017. Disponível em: <<http://sloanreview.mit.edu/article/how-blockchain-will-change-organizations/>>. Acesso em: 30 out. 2017.

serviço existente fora do mundo digital. Nessa segunda opção, precisa ser digitalizado e representado por um *token* para poder ser transacionado na rede de contabilidade distribuída.

Por meio desse processo chamado de *tokenização*, quase todos os ativos podem ser representados digitalmente e negociados em tecnologia de contabilidade distribuída. Porém, representar recursos do mundo real no digital sempre exigirá processos externos à rede de *blockchain* e, portanto, submetidos a interferências sobre as quais a linguagem de programação não terá controle. Assegurar a veracidade e a precisão dos dados antes de entrar no *blockchain* é de responsabilidade dos participantes.

E, tendo em vista a imutabilidade desses dados, uma vez que forem inseridos, provavelmente, poderão gerar responsabilidades civis e penais decorrentes da incorreta alimentação do banco de dados, ou será delegada a uma série de garantidores, certificadores, auditores ou provedores específicos de serviços de *tokenização* no futuro. Outros terceiros, também, podem vir a ser úteis para assumir possíveis riscos jurídicos, securitizar as operações ou garantir a precisão das entradas de dados externos.

Com isso, observa-se uma redução significativa na insegurança institucional e jurídica que permeia do debate do uso de tecnologias para a realização de transações e controles que ultrapassam os limites territoriais dos Estados. Isso ocorre não pelo aumento da regulação, que de acordo com Mariana Dionísio de Andrade diminuiria as incertezas na sociedade, mas pelo aumento de transparência e controle das ações estatais, que como veremos na próxima parte do artigo, são essenciais para a efetiva implementação dos ODSs da Agenda 2030, que importam na participação e controle da sociedade civil³⁹.

Desse modo, a utilização do *blockchain* converte-se em um grande aliado nos processos de monitoramento e auditoria necessários para o efetivo *accountability* das obrigações assumidas pelos Estados (aqui tratados propositadamente como um bloco monolítico de vontades e interesses) ao firmar a Agenda 2030, que, juntamente a outras tecnologias, criam um cenário favorável e participativo que, segundo Jebamalai Vinanchiarchi, forma uma estrutura altamente interativa que deve desbloquear o potencial de desenvolvimento dos países. A possibilidade de o mundo digital governar futuros padrões de desenvolvimento será amplamente influenciada pela inovação aberta e criação de valor, operando em uma rede. “Eventualmente, as empresas tradicionais podem desaparecer, já que a maior parte da produção será no mundo virtual, inclusive, tais avanços em ciência e tecnologia podem mudar de produção em massa para produção pela massa”.⁴⁰.

6. BLOCKCHAIN E SMART CONTRACTS ATUALMENTE

Segundo estudo do Cambridge Centre for Alternative Finance, há 115 empresas startups desenvolvendo ferramentas usando *blockchain*, ou seja, essa tecnologia já faz parte do dia a dia de pelo menos 2.000 pessoas que trabalham nessas empresas⁴¹. Além disso, as grandes empresas consolidadas, cada vez mais, configuram unidades de negócios e laboratórios de pesquisa exclusivamente dedicadas à temática.

Apesar de a maioria das iniciativas ainda estar focada em serviços financeiros e seguradoras, existe uma

39 ANDRADE, Mariana Dionísio. Tratamento jurídico das criptomoedas: a dinâmica dos bitcoins e o crime de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

40 O original em inglês do trecho citado é: “Such a highly interactive framework is supposed to unlock the development potential of countries. A different school of thought points to the possibility of the digital world ruling future patterns of development, which will largely be influenced by open innovation and value creation, operating in a virtual network. Eventually, traditional companies may disappear as most production will be in the virtual world. Perhaps, such advances in science and technology may make real Mahatma Gandhi’s dream to shift from mass production to production by the mass.” VINANCHIARCHI, Jebamalai. *Making Science and Technology Work for All*. Disponível em: <<http://www.e-ir.info/2017/01/24/making-science-and-technology-work-for-all/>>. Acesso em: 31 out. 2017. p. 2.

41 HILEMAN, Garrick; RAUCHS, Michel. *2017 Global Blockchain Benchmarking Study*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2017. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=3040224>>. Acesso em: 17 out. 2017. p. 10.

crecente gama de aplicações não monetárias como para centralizar os documentos de identidade das pessoas, uniformizar os conhecimentos de embarque do Direito Marítimo, facilitar a logística da produção em cadeias globais de valor e gerir os conteúdos de propriedade intelectual globalmente.

Tem havido uma tendência em se usar códigos abertos na infraestrutura dessas plataformas, assim, as empresas têm se remunerado por meio de serviços agregados, não pelo código fonte em si, ou seja, pelas consultorias, desenvolvimento de aplicativos, suporte. Mas existem hoje, principalmente, três tipos de permissão que podem ser configuradas em *blockchain*: ler, quem pode acessar o banco de dados e ver as transações; escrever, quem pode escriturar, gerar transações e enviá-las para a rede; e atualizar, quem pode alterar um *status* no banco de dados.

		Ler	Escrever	Atualizar	Exemplos	
Tipos de blockchain	Aberto	Sem autorização pública	Aberto para qualquer um	Qualquer um	Qualquer um	Bitcoin, Ethereum
		Dependente de autorização pública	Aberto para qualquer um	Somente os participantes autorizados	Todos os participantes autorizados ou um grupo deles	Sovrin
	Fechado	Consórcio	Limitado a um conjunto de participantes autorizados	Somente os participantes autorizados	Todos os participantes autorizados ou um grupo deles	Conjunto de bancos
		Privado	Totalmente privado ou restrito a um número de participantes autorizados	Só o operador na rede própria	Só o operador na rede própria	Matriz com suas subsidiárias

Fonte: Tabela elaborada pelos autores, com base em dados do estudo do Cambridge Centre for Alternative Finance ⁴²

Considerando-se todos esses tipos de blockchain, 78% dos provedores desses serviços possuem recursos para receber *smart contracts* totalmente funcionais e integrados, porém, ainda é pequeno o número de iniciativas efetivamente aplicadas, apenas 40%. 20%⁴³ não são automáticos e autoexecutáveis, somente podem ser desencadeados por eventos de fora da cadeia, o que limita os benefícios de maior transparência e possibilidade de auditoria.

Mas essa falta de abrangência dos usos até o momento decorre da falta de maturidade tecnológica da infraestrutura, mas também, em grande medida, do ambiente regulatório que ainda é pouco claro, principalmente com relação aos potenciais riscos legais da implementação dessa tecnologia nos processos comerciais e nos procedimentos administrativos já estabelecidos e para punir eventuais problemas de privacidade e confidencialidade. Outro dado significativo é que 70%⁴⁴ das estruturas DLT atuais são interoperáveis, principalmente em relação às redes públicas Ethereum e Bitcoin, em menor grau. Mas a falta de padrões tende a dificultar a interoperabilidade entre as redes com diferentes especificações de protocolo

Os estudos atuais têm sido feitos para gerir documentos de identidade, certidões de nascimento, casa-

42 HILEMAN, Garrick; RAUCHS, Michel. 2017 *Global Blockchain Benchmarking Study*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2017. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=3040224>>. Acesso em: 17 out. 2017. p. 22.

43 HILEMAN, Garrick; RAUCHS, Michel. 2017 *Global Blockchain Benchmarking Study*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2017. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=3040224>>. Acesso em: 17 out. 2017. p. 68.

44 HILEMAN, Garrick; RAUCHS, Michel. 2017 *Global Blockchain Benchmarking Study*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2017. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=3040224>>. Acesso em: 17 out. 2017. p. 20.

mento, morte, títulos de terra, históricos comerciais como os envolvidos em casos de fusões e aquisições de empresas, gestão de propriedade intelectual, lançamento de dados contábeis que precisem ser auditáveis e procedimentos de conformidade regulatória ou demandado por padrões privados e certificados. Cerca de 13%⁴⁵ das iniciativas atuais estão estudando o uso dessa tecnologia para pagamento de benefícios tipo bolsa família ou de salários e contraprestações, e apenas 6% estão explorando as possibilidades de arrecadação fiscal, como a migração da nota fiscal paulista para esse modelo tecnológico.

E de fato essa cautela tem fundamento, a DLT não é a bala de prata para todos os problemas, nem é intrinsecamente uma tecnologia de banco de dados mais eficiente e segura, depende dos usos para que é utilizada e da realidade em que é implementada. Nas situações em que os bancos de dados tradicionais existentes funcionam bem, seria um custo desnecessário e seria ineficiente passar a usar capacidade computacional massiva para alcançar o consenso descentralizado em contextos onde seria dispensável. Assim, se o objetivo é armazenar dados de maneira centralizada, protegê-lo contra intrusos e centralizar o controle do uso de DLT seria menos eficiente. Em vez disso, seria uma solução técnica e economicamente justificada quando os governos identificam problema de atraso, ineficiência, dificuldade entre vários envolvidos em chegar a um consenso sobre a existência e evolução de fatos compartilhados.

Com base nessa ideia de código como uma fonte adicional de regras que restringem o comportamento em sistemas baseados em tecnologia, o código DLT pode ser conceituado como um sistema jurídico estrangeiro. [...] cada vez que uma agência governamental move um processo legal para um sistema baseado em DLT, ocorre um transplante legal: a agência transplanta a lei existente para o domínio do código DLT.⁴⁶

Com esse transplante de regulação, surgem novos problemas decorrentes da renovação automática, da inserção de dados incorretos, de uma auto execução de alguma cláusula “como liberar prematuramente uma garantia fazendo com que o credor perca sua prioridade na execução. [...] Que responsabilidades, se houver, existirá para a equipe de tecnologia que escreveu o código?”⁴⁷. Assim, ao mesmo tempo que pode oferecer benefícios significativos para melhorar a administração legal dos processos governamentais, pode significar novos desafios e descumprimentos de regras substantivas existentes, gerando a necessidade de construir uma nova jurisprudência para a governança através da DLT

7. PRÁTICAS PARA INFLUENCIAR A GOVERNANÇA INTERNACIONAL

Tendo em vista esse contexto complexo, o ideal, portanto, é implementar métodos de governança sistêmicas, multiníveis e que envolvam os diversos interessados complementarmente às normas jurídicas, uma vez que a governança tem a capacidade de preencher algumas lacunas deixadas pela regulamentação doméstica ou de abordar tópicos nos quais as iniciativas públicas tenham se mostrado insuficientes. Trata-se de legitimar pelo procedimento no sentido luhmaniano a utilização da tecnologia de blockchain para lidar com esta complexidade sistêmica, que como colocado por Marinho e Ribeiro se daria pela transparência, neutralidade ideológica da tecnologia e consenso⁴⁸. Afinal, os governos, normalmente, não possuem os conhecimentos especializados, detalhados e tão capilarizados como outros agentes do mercado. E essas características são necessárias e bem-vindas para elaborar políticas sobre questões técnicas e complexas, tais

45 HILEMAN, Garrick; RAUCHS, Michel. *2017 Global Blockchain Benchmarking Study*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2017. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=3040224>>. Acesso em: 17 out. 2017. p. 116.

46 CARLA, Reyes; JACOB, Bruce. Blockchain-Based Agencies. *Administrative & Regulatory Law News*, Chicago, v. 42, n. 4, p. 9–11, 2017. p. 6.

47 CARLA, Reyes; JACOB, Bruce. Blockchain-Based Agencies. *Administrative & Regulatory Law News*, Chicago, v. 42, n. 4, p. 9–11, 2017. p. 6.

48 MARINHO, Maria Edelvacy Pinto; RIBEIRO, Gustavo Ferreira, A Reconstrução da Jurisdição pelo Espaço Digital: Redes Sociais, *Blockchain* e Criptomoedas como Propulsores da Mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

como medidas de implementação e mecanismo financeiro para implementar os ODSs.

Nessa realidade de assimetria informacional e de interesses divergentes, o consenso absoluto sobre objetivos e formas de controles é desnecessário e improvável. Ao contrário, o alto grau de conformidade e consentimento pode indicar, por exemplo, que uma norma não é ambiciosa o suficiente e que, portanto, é inócua e ineficiente para mudar o comportamento dos atores. Para detalhar o que Bernstein e Cashore recomendam como dependência procedimental, imagine-se uma abordagem de causalidade e, idealmente, a criação de normas que possam instituir procedimentos travados, difíceis de serem alterados, eficazes para instigar a adesão de grupos de interesse diversos de maneira imediata e com mecanismos processuais que evitem a reversibilidade imediata caso outros grupos, eventualmente, cheguem ao poder.

O objetivo é articular um maior suporte ao longo do tempo e expandir os indivíduos em favor da desses procedimentos, mesmo entre aqueles que se opuseram no princípio. Nesse modelo, uma norma pode ser considerada “influyente” (melhor do que ser efetiva, de acordo com os autores) e alterar, eficientemente, os comportamentos que causam os problemas super-perversos. Uma mudança de foco para “conformidade” e “eficácia”, a fim de “influenciar”, facilita a análise dos efeitos combinados desses esforços nacionais, regionais, internacionais e transnacionais em torno de firmes políticas e práticas duradouras⁴⁹.

Esses autores destacam um quadro de quatro caminhos de influência (não “eficácia”): intervenções nos mercados; regras internacionais; normas e discursos com efeito internacional; e acesso direto aos processos de política interna⁵⁰. Nesse contexto, múltiplas formas de influenciar podem ser sinérgicas, sobrepostas, contrariando-se ou concordando com as autoridades. Ao fazê-lo, a complexa governança global, focada em ser influente, interage com um tipo de soberania mais flexível, em que outros agentes regionais e locais também participam. Os autores identificaram quatro caminhos para influenciar o comportamento, mas pode haver mais e que sejam interdependentes.

Detalhando melhor cada um deles, o primeiro, o mecanismo de mercado, estimula mudanças no comportamento dos agentes ou na política por meio de incentivos econômicos ou desincentivos, ao internalizar no preço dos produtos e serviços as externalidades negativas, por exemplo, aumentando, assim, a competitividade daqueles que sejam mais eficientes e menos degradantes ao meio ambiente. Além disso, as demandas dos consumidores por melhor qualidade justificam margens melhores de preços para produtos com rótulos sustentáveis, que atestem a conformidade da empresa com os padrões voluntários de sustentabilidade ou outras formas de certificação. Idealmente, os mecanismos de mercado funcionam melhor se acompanhados de políticas públicas mais amplas, para que sejam eficientes em longo prazo e não apenas mudanças pontuais paliativas na agenda de discussões, sem um verdadeiro compromisso efetivo dos produtores.

O segundo tipo, as regras internacionais (tratados internacionais típicos e também decisões e recomendações), tende a moldar as respostas domésticas, que os países articularão para um determinado problema, mesmo que essas tratativas internacionais não tenham conteúdos juridicamente vinculantes e formas de coerção. O importante é causar nos agentes o efeito da *opinio juris*, ser percebido pelos agentes como obrigatório, juridicamente ou eticamente. O terceiro caminho é o acesso direto a incentivos para capacitação, transferência tecnológica e assistência técnica, com o objetivo de proporcionar aos atores privados e aos funcionários do governo uma melhor participação no mercado de forma mais sustentável. E o quarto caminho apontado pelos autores é que as normas internas nacionais e até subnacionais podem produzir efeitos suficientemente fortes para moldar as ações dos agentes da economia estruturada em cadeias globais de valor.

Nesse quadro de referência o foco das condições para que determinados atores ou instituições ajam

49 BERNSTEIN, Steven; CASHORE, Benjamin. Complex global governance and domestic policies: four pathways of influence. *International Affairs*, v. 88, n. 3, p. 585–604, 2012. p. 587.

50 BERNSTEIN, Steven; CASHORE, Benjamin. Complex global governance and domestic policies: four pathways of influence. *International Affairs*, v. 88, n. 3, p. 585–604, 2012. p. 587.

efetivamente, é deslocado para as condições viabilizadoras de que eles exerçam influência ao longo de determinados caminhos ⁵¹, capacitando atores transnacionais e instituições internacionais a múltiplos papéis. Um dos caminhos, inclusive, pode ser fornecer suas instalações e equipe para facilitar a congregação de atores governamentais, subnacionais e multinacionais para interagirem, promovendo, também, a expertise e o desenvolvimento de uma infraestrutura própria e a capacitação de pessoal para a criação de regras, verificação de conformidade e certificação “ao longo do caminho tipo um, mas também aprendendo e promovendo novas normas de comportamento apropriando-se ao longo do caminho dois, ou construindo coalizões que podem ser importantes ao longo dos caminhos três e quatro” ⁵².

Nessa mesma direção de compromissos processuais para conduzir à governança global, Daniel Esty sugere a implantação de um conjunto de ferramentas de Direito Administrativo para equilibrar a necessidade de uma cooperação internacional estruturada com a tensão política implícita a qualquer instituição global. O Direito Administrativo tem sido tradicionalmente utilizado no contexto doméstico, deve ser ampliado para atingir metas internacionais e ser informado pela elaboração de políticas a nível internacional ⁵³. Esse quadro regulamentar orientado para o mundo deve ser implementado em nível nacional pelas nações influentes (“shaper nations”) ⁵⁴.

Esses países estão em posição de coordenar seu próprio desenvolvimento com a mitigação de problemas compartilhados e eles têm a autoridade política para contribuir não somente com a ordem local, mas também regional e mundial. Com o exercício de sua influência econômica, cultural e militar no seu entorno e muitas vezes impactando articulações muito além de suas fronteiras por meio da conectividade e interdependência com outros países e da integração com a forma produtiva em cadeias globais de valor.

Paradoxalmente, apesar da maior influência internacional, as questões internas, inclusive desafios de desenvolvimento e questões identitárias, podem desestabilizar tanto a política interna como a atuação desses países internacionalmente. Assim, essa ordem multipolar, ao mesmo tempo em que facilita que essas shaper nations assumam a liderança e exerçam influência no âmbito regional, por outro lado, evidencia os limites práticos que a ordem jurídica internacional traz como os decorrentes da soberania, da autonomia dos Estados nacionais e da restrita aplicabilidade das normas nacionais, dificultando o exercício do Estado de Direito, principalmente com rivais dentro da zona de influência desses líderes regionais.

Essa maneira de governança supranacional, com o direito administrativo nacional de um país afetando indiretamente a vida de cidadãos de outros Estados soberanos, mas não formalmente, é muito menos democrática, mas gera efeitos concretos em um mundo de interdependência. Este reconhece algumas maneiras de resolver as desvantagens de falta de legitimidade e alcançar uma cooperação internacional estruturada nessa legitimidade processual: “conhecimento e capacidade de promover o bem-estar social; a ordem e a estabilidade previstas pela lei; freios e contrapesos; deliberação estruturada; e [...] princípios e práticas de direito administrativo” ⁵⁵.

A sociedade, nesse sentido, constitui-se de uma rede diversa e difusa de atores sociais, que se materializa pela conexão e interdependência de diversos setores, com interesses diversos, poder público, iniciativa privada, academia, organizações não governamentais, associações de classe e grupos de indivíduos não institucionalizados. Esses agentes poderiam se manifestar por meio de ferramentas tecnológicas, manifestando

51 BERNSTEIN, Steven; CASHORE, Benjamin. Complex global governance and domestic policies: four pathways of influence. *International Affairs*, v. 88, n. 3, p. 585–604, 2012. p. 587.

52 BERNSTEIN, Steven; CASHORE, Benjamin. Complex global governance and domestic policies: four pathways of influence. *International Affairs*, v. 88, n. 3, p. 585–604, 2012. p. 587.

53 ESTY, Daniel C. Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law. *Yale Law Journal*, v. 115, p. 1490–1562, 2006. p. 1490.

54 HITCHCOCK, William I.; LEFFLER, Melvyn P.; LEGRO, Jeffrey W. (Org.). *Shaper Nations: Strategies for a Changing World*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.

55 ESTY, Daniel C. Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law. *Yale Law Journal*, v. 115, p. 1490–1562, 2006. p. 1490.

parecer técnico quando os projetos envolverem suas áreas de atuação. “Através desta rede difusa, constituída por cidadãos de diversas especialidades reunidos por este sistema Web, se emitiria um parecer, encaminhado então para um corpo técnico”⁵⁶. As recomendações técnicas seriam no sentido de aprovar, rejeitar ou aprovar e estariam condicionadas a alterações específicas.

No caso específico da governança multinível, a escolha racional institucionalista surge como uma consequência das escolhas explícitas por líderes políticos com fins de persecução de objetivos estratégicos, quer por meio de aquisição de vantagens em negociação, abstração de responsabilidade, ou como meio eficaz de resolução de problemas. Sob o ponto de vista do institucionalismo histórico, a governança multinível seria resultante de uma dependência de trajetória a partir das escolhas iniciais, que produz ações institucionais autônomas de ampla abrangência e com consequências imprevistas que culminam por dispersar a autoridade centralizada do Estado. O institucionalismo sociológico, por sua vez, posiciona a governança multinível como um processo “aprendido” pelo qual os atores tendem a se comportar em função de como os seus papéis são socialmente percebidos.⁵⁷

Independentemente da corrente teórica adotada, os recentes acordos internacionais como a Agenda 2003 estão estruturados para influenciar os países em direção dos paradigmas da economia verde, definida como a “economia que resulta da melhoria do bem-estar e equidade social, com a redução significativa de riscos ambientais e da escassez ecológica”⁵⁸. Se esse tipo de acordo será influente o suficiente para atingir as metas, ainda é uma incógnita. Mas esse tipo de governança complexa parece ser o melhor tipo de articulação jurídica disponível para lidar com o “emotivismo, os problemas ultra complexos e com a tragédia dos comuns”⁵⁹ características contemporâneas principalmente na área ambiental.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo-se em vista a natureza de *soft law* da Agenda 2030 e a necessidade de coordenação de *multistakeholders*, a efetividade das ferramentas de governança global que visem implementar os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 dependem de transparência, monitoramento preciso, auditorias e comparação de dados. Nesse sentido, o uso do blockchain tem muito a contribuir para coordenar interesses antagônicos na busca de metas comuns, quantificáveis e verificáveis.

Avanços tecnológicos muitas vezes são superestimados e na prática o *blockchain* ainda é um conceito muitas vezes pouco compreendido. Além disso, a sua aplicação, ainda, é restrita, incipiente e há problemas relacionados à escalabilidade, privacidade e confidencialidade que tendem a diminuir com o respectivo avanço técnico. Esses obstáculos e problemas de interoperabilidade demandam cooperação de uma maior quantidade de especialistas, focados não apenas em tecnologia, mas também, com expertise, em regulação para que possa ser modulada a infraestrutura para melhor atender a necessidades práticas de implementação de políticas.

Além disso, faltam análises empíricas, sistemáticas e críticas para delinear os pontos positivos e negativos, compreender os modelos de negócios e os casos em que já tem havido uso, para indicar uma arquitetura de rede recomendável e, conseqüentemente, a governança necessária. Esses riscos e incertezas, inclusive rela-

56 ARAUJO, Thiago Souza et al. Gestão pública e parcerias público-privadas: teoria do estado e tecnologias de governança difusa para controle social. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 3, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4262>>. Acesso em: 23 nov. 2017. p. 13.

57 PROCOPIUCK, Mario. *Políticas Públicas e Fundamentos da Administração Pública: análise e avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária*. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://www.saraiva.com.br/politicas-publicas-e-fundamentos-da-administracao-publica-4876912.html>>. Acesso em: 11 dez. 2017. p. 125.

58 UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. (Org), *Towards a green economy: pathways to sustainable development and poverty eradication*. Nairobi, Kenya: UNEP, 2011. p. 2.

59 DENNY, Danielle. *Governança Ambiental Internacional (International Environmental Governance)*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2017. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=3053444>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

cionados à regulação ou a eventuais efeitos jurídicos decorrentes da má aplicação da ferramenta, fazem com que a implementação seja fragmentada, disputada e complexa.

Porém, a maior transparência propiciada pelo uso dessa tecnologia seria uma vantagem fundamental para a implantação dos ODSs. Permitiria que as diversas agências governamentais de diversos países rastreassem, simultaneamente, por exemplo, todos os pagamentos de assistência social, bem como transferências humanitárias e subsídios, evitando manipulações externas e fraudes. Possibilitando a auditoria pública abrangente, também tende a gerar maior responsabilização e redução de fraudes e desvios relacionados a documentos e pagamentos.

Além disso, a velocidade, os ganhos de eficiência, a automação das operações governamentais, a diminuição das falhas humanas, bem como as reduções de custos de reconciliação e de armazenagem de documentos seriam bastante significativos. E não se limitariam, apenas, ao processamento de dados e à liquidação de pagamentos, mas também ao intercâmbio de ativos tangíveis e intangíveis (por exemplo, títulos).

Assim, o uso do DLT e do blockchain pode ser uma das estratégias para manter registro de indicadores que precisam ser lançados publicamente pelos agentes e verificáveis pelos *multistakeholders*. Pode ser um veículo para transformar a relação do cidadão com os Estados, devolvendo ao indivíduo o controle de seus dados e criando uma habilidade de atuação direta como validar, participar ou mesmo criar alguns serviços públicos comunitários em um modelo distribuído local, mas dentro de uma estrutura governamental comum. Para, dessa forma, servir de ferramenta para coordenar interesses antagônicos na busca de metas comuns, quantificáveis e verificáveis e assim contribuir para o monitoramento que é fundamental para a efetividade da governança global articulada em torno dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jacqueline de Souza. Passado, presente e futuro da criptografia forte: desenvolvimento tecnológico e regulação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

ANDRADE, Mariana Dionísio. Tratamento jurídico das criptomoedas: a dinâmica dos bitcoins e o crime de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

ARAUJO, Thiago Souza et al. Gestão pública e parcerias público-privadas: teoria do estado e tecnologias de governança difusa para controle social. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 3, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4262>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

BARNETT, Aleise; DEMBO, David; G. VERHULST, Stefaan. *Toward Metrics for Re(imagining) Governance: The Promise and Challenge of Evaluating Innovations in How We Govern*. 2013. Disponível em: <<https://www.thegovlab.org/static/files/publications/GovLabMetrics.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

BARNETT, Michael; DUVALL, Raymond (Org.). *Power in Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

BERNSTEIN, Steven; CASHORE, Benjamin. Complex global governance and domestic policies: four pathways of influence. *International Affairs*, v. 88, n. 3, p. 585–604, 2012.

BRASIL, Presidência da República. *Dec. 8892/16: Cria a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8892.htm>. Acesso em: 23 nov. 2017.

CARLA, Reyes; JACOB, Bruce. Blockchain-Based Agencies. *Administrative & Regulatory Law News*, Chicago, v. 42, n. 4, p. 9–11, 2017.

CHESTERMAN, Simon; MALONE, David; JOHNSTONE, Ian. *Law and Practice of the United Nations ebook*

by Simon Chesterman. UK: Oxford University Press, 2016. Disponível em: <<https://www.kobo.com/br/pt/ebook/law-and-practice-of-the-united-nations>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

DELMAS, Magali A.; YOUNG, Oran R. (Org.). *Governance for the Environment: New Perspectives*. Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2009.

DENNY, Danielle. *Governança Ambiental Internacional (International Environmental Governance)*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2017. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=3053444>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

ESTY, Daniel C. Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law. *Yale Law Journal*, v. 115, p. 1490–1562, 2006.

FOLLADOR, Guilherme Broto. Criptomonedas e Competência Tributária. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

GSMA. *GSMA Annual Report 2016*. London, UK: GSMA, 2016. Disponível em: <http://www.gsma.com/aboutus/wp-content/uploads/2016/09/GSMA_AnnualReport_2016_FINAL.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2017.

HEYWARD, Clare; ROSER, Dominic (Org.). *Climate Justice in a Non-Ideal World*. Oxford New York, NY: Oxford University Press, 2016.

HILEMAN, Garrick; RAUCHS, Michel. *2017 Global Blockchain Benchmarking Study*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2017. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=3040224>>. Acesso em: 17 out. 2017.

HITCHCOCK, William I.; LEFFLER, Melvyn P.; LEGRO, Jeffrey W. (Org.). *Shaper Nations: Strategies for a Changing World*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.

HSU, Angel et al. *EPI 2016 Environmental Performance Index*. New Haven, CT, USA: Yale University., 2016. Disponível em: <http://epi.yale.edu/sites/default/files/2016EPI_Full_Report_opt.pdf>.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Ipea participa da primeira reunião do Projeto Brasil ODS 2030*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30492&catid=4&Itemid=2>. Acesso em: 4 dez. 2017.

IVANOVA. Assessing the Outcomes of Rio+20 “State of the World Governing for Sustainability”. *The World Watch Institute*, v. 2014, 2014.

MARINHO, Maria Edelvacy Pinto; RIBEIRO, Gustavo Ferreira, A Reconstrução da Jurisdição pelo Espaço Digital: Redes Sociais, *Blockchain* e Criptomonedas como Propulsores da Mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

MATHEWS, Jessica T. Power Shift. *Foreign Affairs*, n. Jan./Feb. 1997. Disponível em: <<https://www.foreignaffairs.com/articles/1997-01-01/power-shift>>. Acesso em: 31 out. 2017.

MUDALIAR, Abhilash et al. *Annual Impact Investor Survey 2017*. [s.l.]: Global Impact Investing Network, 2017. Disponível em: <<https://thegiin.org/knowledge/publication/annualsurvey2017>>. Acesso em: 31 maio 2017.

NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e Normas do Direito Internacional*. Um Estudo Sobre a Soft Law. 2. São Paulo: Atlas, 2006.

NOVECK, Beth Simone. *Smart Citizens, Smarter State: The Technologies of Expertise and the Future of Governing*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015.

PORTALODM. *Relatórios Dinâmicos*. Relatórios Dinâmicos - Portal ODM. Disponível em: <<http://www.relatoriosdinamicos.com.br/portalodm/sobre-o-relatorios-dinamicos>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

PROCOPIUCK, Mario. *Políticas Públicas e Fundamentos da Administração Pública: análise e avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária*. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://www.saraiva.com.br/politicas-publicas-e-fundamentos-da-administracao-publica-4876912.html>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

RUGGIE, John Gerard; SHERMAN, John F. *The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Reply to Professors Bonnitcha and Mccorquodale*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2017. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=2997128>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

SOUZA, Luciana Cristina de; CAMPOS, Kym Marciano Ribeiro. O princípio da resiliência estatal aplicado nas relações jurídicas e sociais geradas pelo modelo de democracia digital brasileiro. *Revista da AJURIS*, v. 42, n. 139, p. 153–176, 2016.

SOUZA, Luciana. Práticas de E-Cidadania para Implantação de Políticas Públicas. *DPU*, v. 74, seção especial, p. 188–202, 2017.

SOUZA, Ranidson Gleyck Amâncio. Território das criptomoedas: limites à regulamentação estatal quanto à circulação de moedas no ciberespaço e possíveis alternativas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

TAPSCOT, Don; TAPSCOT, Alex. How Blockchain Will Change Organizations. *MIT Sloan Management Review*, 2017. Disponível em: <<http://sloanreview.mit.edu/article/how-blockchain-will-change-organizations/>>. Acesso em: 30 out. 2017.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; SILVA, Felipe Rangel. Bitcoin e a (im)possibilidade de sua proibição: uma violação à soberania do Estado? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

THE ECONOMIST. *The trust machine*. Disponível em: <<https://www.economist.com/news/leaders/21677198-technology-behind-bitcoin-could-transform-how-economy-works-trust-machine>>. Acesso em: 17 out. 2017.

ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda na era digital*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Ebook.aspx?id=99>>. Acesso em: 17 out. 2017.

UN INSURESIENCE. InsuResilience Global Partnership for Climate and Disaster Risk Finance and Insurance Solutions. *Absorbing climate impacts*. Climate CoLab. Disponível em: <<https://climatecolab.org/contests/2017/absorbing-climate-impacts>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (Org.). *Towards a green economy: pathways to sustainable development and poverty eradication*. Nairobi, Kenya: UNEP, 2011.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR. *DevInfo. Development Indicators Unit Institution Statistics Division*. 2013. Disponível em: <<http://www.devinfo.org/libraries.aspx/home.aspx>>. Acesso em: 17 out. 2017.

UNITED NATIONS. *Agenda 2030*. 2015. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E>. Acesso em: 17 out. 2017.

UNITED NATIONS. United Nations Millennium Declaration ONU. *Declaração do Milênio*. 2000. Disponível em: <<http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

VINANCHIARCHI, Jebamalai. *Making Science and Technology Work for All*. Disponível em: <<http://www.e-ir.info/2017/01/24/making-science-and-technology-work-for-all/>>. Acesso em: 31 out. 2017.

WWF/ISEAL. *SDGs mean business: How credible standards can help companies deliver the 2030 agenda (2017)*. 2017. Disponível em: <<http://www.standardsimpacts.org/resources-reports/wwfiseal-report-sdgs-mean-business-how-credible-standards-can-help-companies>>. Acesso em: 18 maio 2017.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A reconstrução da jurisdição pelo espaço digital: redes sociais, *blockchain* e criptomoedas como propulsores da mudança

The reconstruction of jurisdiction by the digital space: social networks, *blockchain* and crypto-currencies as propellers of the change

Maria Edelvacy Pinto Marinho

Gustavo Ferreira Ribeiro

A reconstrução da jurisdição pelo espaço digital: redes sociais, *blockchain* e criptomoedas como propulsores da mudança*

The reconstruction of jurisdiction by the digital space: social networks, blockchain and crypto-currencies as propellers of the change

Maria Edelvacy Pinto Marinho**

Gustavo Ferreira Ribeiro***

RESUMO

O termo jurisdição, em sua concepção tradicional, possui forte correlação com a atuação monopolística estatal para a solução de controvérsias e a ideia de territorialidade. Este artigo expõe a reconstrução do conceito de jurisdição pelo espaço virtual, devido à capacidade das tecnologias induzirem um grau de confiança e velocidade para a solução de conflitos pouco observados anteriormente e ao descolamento entre exercício de jurisdição e território. Em específico, analisa-se como a dinâmica das redes sociais e a tecnologia de blockchain – assim como uma de suas aplicações, as criptomoedas - agirão como propulsores desta tendência. A hipótese é testada por meio do método indutivo e através da pesquisa bibliográfica-documental.

Palavras-chaves: Jurisdição. Territorialidade. Direito digital. Redes Sociais. Blockchain.

ABSTRACT

The term jurisdiction, in its traditional conception, has strong correlation with state monopolistic dominion in dispute settlement and the idea of territoriality. This article exposes the reconstruction of the concept of jurisdiction by the virtual space, due to the capacity of the technologies to induce a degree of confidence and speed for the resolution of conflicts not observed previously and the separation between the exercise of jurisdiction and territory. In particular, it analyzes how the dynamics of social networks and blockchain technology - as well as one of its applications, cryptocurrencies - will act as propellants of this trend. The hypothesis is tested through the inductive method and by way of bibliographical-documentary research.

Keywords: Jurisdiction. Territoriality. Digital Law. Social Networks. Blockchain.

* Artigo convidado

** Professora de Direito Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutora em Direito (Universidade Paris 1- Panthéon Sorbone), Advogada. Email: mariaedelvacy@gmail.com

*** Professor de Direito no UniCEUB. Doutor em Direito (SJD, University of Indiana Bloomington). Bacharel em Direito e Computação (UFMG). Advogado. E-mail: gustavo@fribeiro-adv.com

1. INTRODUÇÃO

A jurisdição é tradicionalmente definida como função específica do Estado. Nela, uma atividade pública, vista como inerente ao poder judiciário, “substitui” a atividade e a vontade particular com a aplicação da lei¹.

O objetivo deste artigo é analisar como aplicativos (redes sociais) e novas tecnologias (*blockchain*) contribuem para reconstruir a ideia de jurisdição, sob dois aspectos: (i) os atores que a exercem, modificando-se o papel monopolístico do Estado; e (ii) a forma como é exercida, descolando-se cada vez mais a jurisdição do critério de territorialidade.

De fato, a internet tornou, sem precedentes, a possibilidade de entabulamento de relações jurídicas, por meio de aplicativos de mensagens (instantâneas ou não), pagamentos, interações sociais, entre tantos outros. Basta observarmos que, se em 1995, tínhamos cerca de 16 milhões de usuários usando a internet no mundo, em 2017, a estimativa é de cerca de 4 bilhões de usuários². No Brasil, especificamente, estima-se que 52% dos domicílios possuem acesso à internet, percentual similar à média mundial³. Além disso, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) aponta o mês de outubro de 2017 como importante ponto de inflexão: o número de smartphones atingiu 208 milhões, igualando-se à população do País⁴. Além disso, as consultorias *We are social* e *Hootsuite* identificavam, em janeiro de 2017, que o índice de penetração das redes sociais no Brasil era de 58% da população.⁵ Pode-se deduzir, com base nesses dados, a importância que o acesso à internet e seus aplicativos exercem como plataforma de comunicação e propulsor de relações jurídicas de distintas naturezas.

E como essa estatística se relaciona à indagação inicialmente proposta acerca da reconstrução da jurisdição?

Em relação aos atores que a exercem, questionamos neste artigo o papel do Estado como autoridade indispensável para geração de confiança e como instância para solução de controvérsias. As redes sociais, por exemplo, oferecem modelos próprios de solução de litígios entre usuários e destes com o próprio provedor de serviços *online*. No que concerne à forma de exercício da jurisdição, atentamos para a fragilidade da correlação entre territorialidade e jurisdição. O fluxo de dados trafega segundo protocolos que buscam eficiência na circulação dos pacotes de informação. Dissocia-se da ficção humana, a qual denominamos jurisdição, de apelo territorial, do mundo dos fenômenos, fático. Como se verá, uma relação jurídica com o uso da internet tem o condão de estar conectada a dezenas, ou mesmo centenas, de jurisdições, pelo simples fato de parte dos dados a ela relacionada trafegar, na lógica dos bits, por essas jurisdições.

Para a demonstração do proposto, o artigo foi organizado a partir de duas seções. Na primeira — “Jurisdição” —, apresentar-se-ão, brevemente, as noções e as características mais comumente associada ao termo: o protagonismo do Estado que, no exercício da jurisdição, revela-se como instrumento de solução de conflitos; e a aderência original da jurisdição ao elemento territorial. No segundo tópico — “Reconstrução da Jurisdição pelo Direito Digital” — analisar-se-á como redes sociais e o uso da tecnologia *blockchain* estão contribuindo para a redefinição do conceito de jurisdição, nas dimensões destacadas.

Não que a ideia de jurisdição não tenha sofrido evoluções. O ponto principal é o grau e amplitude que mundo digital impõe aos elementos clássicos de jurisdição, de uma forma muito mais notável.

1 CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1943. p. 15-16.

2 Disponível em: <<http://www.internetworldstats.com/stats.htm>>, com compilações de dados da Nielsen Online e da União Internacional de Telecomunicações (ITU).

3 International Telecommunication Union (ITU). *Measuring the Information Society Report 2017*. Genebra: ITU, 2017. v. 2. p. 29.

4 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Brasil em Números*, n. 25, 2017. p. 367.

5 O número foi calculado tendo como referência o número de contas ativas nas principais redes sociais e a população de cada país. WE ARE SOCIAL. HOOTSUITE. *Digital in 2017 Global Overview*, disponível em: <<https://wearesocial.com/special-reports/digital-in-2017-global-overview>>.

2. JURISDIÇÃO: NOTAS INTRODUTÓRIAS

No direito processual, tecnicamente, o termo jurisdição remete ao sentido de dizer, ditar o direito. Seja na esfera cível, penal ou constitucional, diz-se do poder-dever do Estado de aplicar o direito material nos casos concretos. Não por menos, no Brasil, o termo se confunde com a própria manifestação do poder do Estado atribuída ao poder judiciário⁶.

Assim, outros métodos de solução de conflitos, sejam eles autocompositivos, como a própria negociação entre partes, ou heterocompositivos, como arbitragem, mediação e conciliação, são vistos como *equivalentes jurisdicionais*, por boa parte da doutrina.

O termo jurisdição é utilizado com variações alhures. A doutrina e as cortes norte-americanas, para que se ilustre, usam os termos jurisdição prescritiva ou legislativa (*prescriptive / legislative jurisdiction*); jurisdição executória (*enforcement jurisdiction*); e jurisdição adjudicatória (*adjudicatory / judicial jurisdiction*). Respectivamente, as diversas jurisdições significam o poder dos órgãos legislativo, judicial e executivo⁷.

Como denominador comum entre os sistemas, o termo jurisdição, como normalmente é referido no Brasil, corresponde à noção mais restrita de jurisdição adjudicatória do sistema norte-americano.

Em uma ou outra terminologia, é preciso notar duas características normalmente associadas ao conceito clássico de jurisdição: (i) o monopólio do Estado como protagonista do seu exercício; e (ii) a sua aderência ao conceito de territorialidade (tanto para o exercício da jurisdição quanto ao direito aplicável). Embora sejam dimensões que vem sendo relativizados, e sofrem verdadeiras rupturas com a internet e as relações virtuais — conforme se verá a partir da seção 3 —, analisaremos os contornos iniciais do termo.

2.1. Jurisdição e atores

Ao pensarmos em um conflito, é muito comum remetermos, imediatamente, sua solução à instância estatal. Deixamos escapar, entretanto, que o exercício de jurisdição relativo a contenciosos convive, há séculos, com métodos privados de solução de controvérsias.

Na história, é de se notar movimentos pendulares entre mercado (métodos privados) e Estado (jurisdição clássica) como instâncias para solução de divergências; ora enfatizando-se soluções privadas, ora dando-se deferência ao protagonismo e ao condão do Estado em reestabelecer a paz social, no exercício jurisdicional⁸.

Se se pensa na esfera cível⁹, e em arbitragem, Samtleben¹⁰, em detida análise da história do instituto no Brasil, indica-nos que a Constituição de 1824 previa que desacordos jurídicos cíveis fossem decididos por árbitros. O processo arbitral era mesmo alçado à obrigatoriedade em assuntos comerciais, no interstício entre 1850 e 1866. Com a formação da República e o progressivo fortalecimento do Poder Judiciário, inicia-

6 Entre os processualistas cíveis, veja-se M MARINONI, L. G. et al. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. v. 2. p. 51. Entre os internacionalistas privados, veja-se JATAHY, V. M. B. *Do Conflito de Jurisdições*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 9. ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. Porto Alegre: Revoluções eBook, 2016. p. 71-73.

7 O artigo seminal de MEHREN, Arthur T.; TRAUTMAN, Donald T. *Jurisdiction to Adjudicate: a Suggested Analysis*. *Harvard Law Review*, v. 79, 1966, influenciou a adoção, até hoje utilizada, no sistema norte-americano. KOHL, Uta. *Jurisdiction and the Internet: Regulatory competence over online activity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 13-23. SYMEONIDES, Symeon C. *Private International Law*. United States of America. Hague: Wolters Kluwer, 2015. p. 27-47.

8 De fato, a doutrina reconhece a oscilação. Por exemplo, em razão do deslocamento e redistribuição contemporânea de atividades do Estado e o fortalecimento da arbitragem contendo elementos de jurisdição, embora esteja longe de ser unânime o reconhecimento da arbitragem como forma de jurisdição. Veja-se, por exemplo, DIDIER JR., F. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: Jus Podium, 2009. p. 67.

9 Nesta subseção nos concentraremos na esfera cível, por ser a esfera penal espaço mais reduzido de métodos de solução alternativos de disputas.

10 SAMTLEBEN, Jürgen. Histórico da Arbitragem no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997.

-se uma transferência das soluções privadas (mercado) para as mãos do Estado. O Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil 1939 deram forma, em nível infraconstitucional, a esse novo modelo. Reconhecia-se, por exemplo, a arbitragem como método de solução de conflitos, mas subjugava-o à vontade Estatal pela dupla-homologação. Na Constituição de 1946, reforçando esse sentido, expressava-se a garantia de inafastabilidade do Poder Judiciário a qualquer lesão de direito individual.

Décadas se passaram e nem a reforma processual de Buzaid, tampouco as Constituições seguintes, chegando-se à Constituição Federal de 1988, alteraram, significativamente, o quadro. Ao contrário, parece ter havido uma conjugação, em uma dinâmica que se autorreforçava, do fortalecimento do Estado-Juiz e da falta de familiaridade e credibilidade de outros métodos para solução de conflito. É ainda provável que a interpretação do princípio da “inafastabilidade do poder judiciário”, insculpido no artigo 5 XXXV da CF/88, contribuía para o autorreforço dessa imagem. Em outras palavras, a passagem de um Estado Liberal para um Estado Social, que se pronunciava, estacionava o momento adjudicatório e a jurisdição no Estado (e principalmente nele), tornando-se parte da cultura brasileira.

O sistema estatal se congestionou. Tornou-se lento. Alguns sugerem ter sido o resultado natural da descoberta de direitos, acesso facilitado à justiça e o conseqüente aumento do ajuizamento de ações. Mas passados séculos dessa evolução, seria compreensível que a sociedade brasileira buscasse, assim como outras, em maior ou menor grau, um novo ponto de equilíbrio na atuação monopolística do Estado, como ator, no exercício de jurisdição.

Especificamente, a partir de 2015, observa-se considerável incremento da normatização dos denominado *métodos adequados à solução de controvérsias*. A lista não é pequena. Inclui desde a reforma (Lei n.º 13.129/2015) da Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307/96), passa por uma nova Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015) e alcança modificações no novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015, NCPC), visando melhor integrar os diversos métodos de solução de conflitos à novel processualística. Em matéria de direito patrimonial disponível, vem se consolidando a prática e a aceitação pelos tribunais brasileiros de que podem as partes optar por resolver conflitos de forma privada, com submissão à arbitragem (art. 1 da Lei n.º 9.307/96), relativizando-se o monopólio do Estado.

A terminologia atual do NCPC, entretanto, manteve o uso técnico da jurisdição como termo ligado ao poder do Estado. Seu artigo 16, por exemplo, aponta que “(a) jurisdição civil é exercida pelos juízes e pelos tribunais em todo o território nacional [...]”. Ao adentrar a regulamentação dos demais métodos, não se utiliza o termo jurisdição. Dispõe o NCPC que se permite a arbitragem, na forma da lei, e que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, mencionando a conciliação e a mediação como parte desses métodos (parágrafos 1-3 do art. 3 do NCPC).

Assim, ainda que se reconheça a relativização entre as noções de jurisdição e a atuação do Estado ao longo da história, há apenas um descolamento relativo, brando, entre os mesmos. A ruptura mais ampla está em marcha. O mundo dos fatos, ligado à dinâmica digital, coloca à prova o protagonismo Estatal da jurisdição, como retomaremos na seção 3. Antes, contudo, desenvolvemos na sequência o segundo aspecto da jurisdição na sua acepção mais clássica: a territorialidade.

2.2. Jurisdição e territorialidade

O segundo elemento relacionado à jurisdição, que pretendemos destacar, é a territorialidade. Pode-se pensar, como ponto de partida, os limites territoriais de cada Estado como demarcadores de sua autoridade e soberania. O silogismo decorrente é óbvio. Nos limites de sua soberania (e território), o Estado exerce sua jurisdição, submetendo, exclusivamente, sua população a suas leis vigentes.

O fim da Idade Média, porém, já expunha uma relativização do territorialismo, i.e., aquele no qual qualquer fato ocorrido no território “A” faria com que Estado “A” pudesse exercer jurisdição e aplicar o direito

material “A”. Os denominados *Estatutos*, que continham questões cíveis, penais, comerciais e administrativas, representativos da lei local das incipientes cidades-Estados da “Itália”, inauguraram uma oportunidade novel sobre como conflitos jurisdicionais e de direito aplicável¹¹.

O período moderno (século XIX em diante) trouxe uma mobilidade ainda maior de pessoas, bens e capitais, revivendo o debate e os desafios à noção de territorialidade. Ou seja, estando pessoas, bens e capital conectados a mais de uma soberania, pelo menos duas perguntas são necessariamente postas: (i) qual a jurisdição competente para conhecer de uma causa? e (ii) assumindo-se a competência da justiça de um Estado, por exemplo, devem essas relações ser regidas pelo direito substantivo daquele Estado, do de outro Estado (estrangeiro) ou de uma combinação deles?¹²

No caso brasileiro, se pensarmos na esfera cível, as formas de responder às questões relativas à jurisdição (competência) internacional são reguladas no NCPC, em seus artigos 21 a 25. Preveem-se situações em que a autoridade judiciária brasileira é competente para processar e julgar as ações de forma *concorrente* a outras (art. 21 e 22). Igualmente, condições nas quais compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra, para o processamento e julgamento de casos (art. 23); a dita *competência exclusiva*. Admite-se, por fim, hipótese de eleição de foro quando as partes assim o dispuserem, prevalecendo a autonomia das partes na escolha de uma jurisdição, em matéria de contrato internacional, atendidos certos requisitos (art. 25).

Quanto ao direito aplicável, os artigos 7 e seguintes do Decreto-Lei 4.657 (1942), anteriormente conhecido como Lei de Introdução do Código Civil (LICC), renomeado, em 2012, Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), cuidam da resolução dos conflitos de leis (conflito espacial) se o exercício de jurisdição é estatal. A LINDB, assim como muito da legislação comparada, prevê a aplicação do direito material estrangeiro no país, atendidas certas condições. Grande parte da doutrina entende¹³, não sem críticas a essa realidade, que, em matéria obrigacional, a autonomia para a escolha de direito aplicável é reduzida. Isso porque o artigo 9 da LINDB condiciona o direito aplicável ao lugar de celebração da obrigação (*lex loci celebrationis*). Essa imposição pode ser vista como um paradoxo em relação ao sistema arbitral que, em matéria obrigacional, deixa ao critério das partes a escolha das regras substantivas (materiais) e procedimentais, a serem aplicadas (art. 2 da Lei 9.307/96).

Na esfera penal, o raciocínio é análogo quanto ao padrão de problema subjacente, mas com variações de regras. Isto é, um fato punível criminalmente pode abranger, eventualmente, interesses de dois ou mais Estados soberanos, suscitando considerações sobre a jurisdição competente e o âmbito territorial (espaço) de aplicação da lei. Se o fato punível percorre territórios de dois ou mais Estados soberanos, estes são resolvidos pela denominada *teoria da ubiquidade*, em consonância com o art. 6º do Código Penal. Mas quanto ao direito *aplicável*, predomina a aplicação da *lex fori* penal (artigo 5 do Código Penal). Ou seja, os pontos de conexão (nacionalidade, domicílio, localização dos bens etc.) teriam menor relevância, uma vez que se aplica, preponderantemente, a lei penal local, brasileira¹⁴.

O que se demonstra até aqui, seja na esfera cível ou penal, é algum grau de relativização entre jurisdição e territorialidade. Não poderia ser diferente. Não é o mundo digital que inaugurou as possibilidades de rela-

11 Para um aprofundamento da história e as diversas escolas *estatutárias*, consultar DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 113-122.

12 Observa-se que essas duas questões são vistas por grande parte da doutrina de Direito Internacional Privado como partes das três grandes perguntas relacionada à disciplina. Ou seja: 1. Jurisdição. i.e., se uma Corte de um Estado ou Nação em particular pode conhecer de um caso; 2. Direito Aplicável, i.e., qual o direito a Corte irá aplicar se ela conhecer do caso; 3. Reconhecimento e execução de decisões, i.e., qual a extensão esperada por outros Estados e Nações em “honrar” as decisões judiciais que efetivamente decidiu disputas. Consultar JUENGER, Friedrich K. *General Course on Private International Law*. Haia: Curso de Haia, 1983. p. 133.

13 ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 1 ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. p. 151-154. Para o debate histórico, VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. v. 1. p. 366-70.

14 Não se desconhecem as exceções de extraterritorialidade (art. 7 do CP) e intraterritorialidade, porém, não desenvolvidas para os fins deste artigo.

ções jurídicas estarem conectadas a mais de uma jurisdição. O ressurgimento do comércio, no contexto das cidades italianas pós-feudais, já impulsionava uma vasta literatura e prática de como tratar problemas privados e conflitos de lei, mitigando o territorialismo. No nível do direito internacional público, embora não desenvolvido neste artigo, também são notórios os avanços de coordenação de jurisdições para problemas transnacionais no século XX, como comércio internacional, direitos humanos, meio-ambiente, entre outros. Mas reforçamos o que se pretende desenvolver: quando confrontamos o padrão desses problemas e as formas de sua superação, com forte presença do Estado e apego à territorialidade de jurisdição, a realidade digital impõe significativa mudança.

3. DIREITO DIGITAL E RECONSTRUÇÃO DA JURISDIÇÃO

Como insistimos, a confiança entre os membros da sociedade tem sido alcançada por meio da concentração do poder de controle e de fiscalização de condutas e procedimentos pelo Estado e a ideia de territorialidade.

A incorporação de novas tecnologias passa, além do período de aprendizagem e reprodução daquele modelo entre seus membros, por um processo de tradução e reconhecimento das instituições sociais, dentre elas, o próprio sistema jurídico.

O Direito tem como função estabilizar as expectativas da sociedade quanto ao tratamento do novo objeto e determinar quais condutas serão ou não aceitas naquela sociedade através de binômio: lícito/ilícito¹⁵. Não significa, entretanto, que, necessariamente, todas as expectativas serão satisfeitas. Em caso de conflito, a estabilização das expectativas age por meio da definição dos procedimentos a serem aplicados e a partir do fato de que o sistema oferecerá uma resposta quanto a sua legalidade.

A elaboração da resposta jurídica passa pela compreensão do novo fenômeno com o objetivo de inicialmente associá-lo às definições e às categorias jurídicas já existentes. Fato esse explicado pelo dogma da completude a partir do qual o sistema jurídico foi construído. Mesmo diante de lacunas legislativas, o outro braço do Estado, poder judiciário, terá legitimidade e competência para preencher seus espaços normativos através do costume, da analogia e dos princípios gerais de Direito.

Novas tecnologias necessitam de sua tradução para os modelos pré-definidos de confiança controlados pelo Estado para que estas sejam incorporadas pelo sistema social: tenham seus custos de transação reduzidos e possam gozar da proteção /força estatal quando outros membros violarem seus espaços de atuação ou não cumprirem com as obrigações previamente acordadas.

O sistema estatal cria, entretanto, uma série de intermediários para controlar, fiscalizar e certificar condutas e conteúdos a fim de promover um maior grau de confiança entre os participantes de uma relação de troca.

Em sociedades democráticas, os instrumentos estatais de confiança têm sido utilizados e mantidos em razão de sua suposta efetividade em garantir o cumprimento de regras pré-estabelecidas.

A partir dessa seção do artigo, serão apresentados fenômenos que têm testado a premissa da necessidade de um ente estatal como meio de controle e garantia de efetividade das relações contratuais. Não se aduz nesse artigo de que a presença do Estado é condição dispensável para a realização de relações contratuais, sabe-se que o cumprimento do pacto acordado depende, também, de outros fatores como o cultural. O ponto a ser apresentado a seguir visa discutir como o mundo e espaço digital têm tornado menos relevante a presença estatal como entidade de confiança e controle das relações contratuais.

15 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

3.1. Redes sociais como unidade centralizadora de efetividade da construção e aplicação do direito à liberdade de expressão no mundo digital

As redes sociais, como inicialmente mencionamos, despontam por sua penetração expressiva na sociedade brasileira. Muito comum, pelo seu intenso uso, são as situações nas quais um usuário de uma rede vê seus direitos violados e deseja que se “retire do ar” conteúdo ou informação relativo a si. Os motivos variam desde a alegação de conteúdo difamatório, vexaminoso até o direito de esquecimento, como parte de seu direito de personalidade.

O potencial de efetividade das decisões judiciais, no que tange à exclusão de conteúdo no ambiente digital, é, todavia, baixo. Isso porque a forma como a informação é distribuída na rede torna quase impossível sua retirada completa.

No Brasil, os provedores só podem ser responsabilizados pela não exclusão do conteúdo após decisão judicial na qual se informe precisamente o *link* onde a informação questionada foi publicada, ou como dispõe o artigo 19 do Marco Civil da Internet (Lei n.º 2.965/2014), a decisão judicial deve conter a “identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material. A responsabilidade é, portanto, subjetiva e condicionada à uma decisão judicial¹⁶. A jurisprudência vem confirmando esse entendimento¹⁷. Sabe-se que, no tempo em que a decisão judicial for proferida, a informação já foi compartilhada por outros links, o que torna sua exclusão total, praticamente impossível.

A impossibilidade de exclusão total de conteúdo por meio de uma decisão judicial e a importância das redes sociais como plataforma de comunicação entre as pessoas têm ampliado na prática o poder das empresas que controlam e gerenciam as redes sociais em determinar qual conteúdo poderá ou não ser publicado.

As redes sociais têm sistemas próprios de definição dos limites à liberdade de expressão em sua rede por meio dos termos de uso compactuados com seus usuários. O conteúdo poderá ser excluído caso o usuário publique “conteúdos que contenham discurso de ódio, sejam ameaçadores ou pornográficos; incitem violência; ou contenham nudez ou violência gratuita ou gráfica”¹⁸. Os termos de uso de plataformas como *youtube*¹⁹, *twitter*²⁰ e *instagram*²¹ têm regras semelhantes às do *facebook* conforme descritas acima. A limitação à liberdade de expressão do usuário é feita a partir de softwares que buscam imagens ou textos indicativos dessa prática. Uma vez identificado o conteúdo, este é retirado, o usuário será notificado e caso volte a “reincidir” seu perfil poderá ser excluído da rede.

Um meio de solução de conflitos também é oferecido pelas próprias plataformas. O processo de concentração da solução dos conflitos via plataforma é fundado em três elementos: pela eleição do foro para discussão de conflitos em tribunais americanos²², pelo uso de diferentes locais submetidos a diferentes ju-

16 Nesse sentido se posicionou o STJ: “Caracteriza-se a responsabilidade subjetiva solidária por omissão dos provedores de internet que, após notificados acerca da existência de publicação de conteúdo ofensivo, permanecem inertes, STJ. AgRg no AREsp 712456/RJ. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Terceira Turma de 17 de março de 2016. *Diário da Justiça eletrônico*, 28 mar. 2016.

17 “Haverá responsabilidade subjetiva do provedor de busca, quando: I) ao ser adequadamente comunicado de que determinado texto ou imagem tem conteúdo ilícito, por ser ofensivo, não atua de forma ágil, retirando o material do ar, passando a responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão em que incide; II) não mantiver um sistema ou não adotar providências, que estiverem tecnicamente ao seu alcance, após receber o URL, de modo a possibilitar a identificação do usuário responsável pela divulgação ou a individuação dele, a fim de coibir o anonimato.” (STJ. AgRg no AREsp 712456/RJ. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Terceira Turma de 17 de março de 2016. *Diário da Justiça eletrônico*, 28 mar. 2016) “A nova disciplina da Lei n. 12.965/2014 estatuiu que a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet pela postagem por terceiros de conteúdos violadores de direitos reclama prévia ordem judicial específica” (STJ. AgRg no AREsp 712456/RJ. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Terceira Turma de 17 de março de 2016. *Diário da Justiça eletrônico*, 28 mar. 2016).

18 FACEBOOK. *Declaração de direitos e responsabilidades*: última revisão. 30 jan. 2015. Disponível em: <<https://pt-br.facebook.com/legal/terms>>.

19 YOUTUBE. *Termos de serviço*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/static?gl=BR&template=terms&hl=pt>>.

20 TWITTER. *Termos de serviço se você reside fora dos Estados Unidos*. Disponível em: <<https://twitter.com/pt/tos>>.

21 INSTAGRAM. *Termos de uso*. 19 jan. 2013. Disponível em: <<https://pt-br.facebook.com/help/instagram/478745558852511>>.

22 Curiosamente, esse é o caso do *facebook* ao recorrer a um modelo estatal, sendo que outras redes fazem alusão a meios priva-

risdições para coleta, armazenagem e processamento dos dados coletados; e a velocidade com que os dados podem ser excluídos da plataforma.

Quanto ao primeiro elemento, não há discussão na doutrina e tribunais brasileiros quanto ao fato de que os usuários aqui domiciliados podem fazer uso do sistema judiciário brasileiro para resolução de seus conflitos com as redes sociais. Isso porque, interessantemente, os provedores que prestam serviços no país, mesmo diante da cláusula de eleição de foro disposta nos termos de ingresso dos usuários das redes sociais, pode colidir com o (territorialismo) do Marco Civil da Internet. Expliquemos.

Como antes referido, segundo o artigo 25 do CPC, “[n]ão compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.”²³ O marco civil da internet, que nesse caso poderia ser aplicável ao caso em razão do grau de especialidade, expressamente preceitua que:

Art. 8 “A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet. Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no **caput**, tais como aquelas que: [...] II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil”²⁴.

Como pode ser visto nos contratos de adesão das redes sociais acima referenciados, não há opção de escolha de foro brasileiro, o que torna a cláusula nula, segundo a legislação brasileira. Razão pela qual, não há divergências relevantes quanto à competência da jurisdição brasileira, quando provocada, de decidir sobre a demanda entre usuários e redes sociais²⁵.

Quanto ao direito aplicável, nos contratos das redes sociais com seus usuários se determina a aceitação da lei americana, em regra, para pautar a resolução dos conflitos. Essa cláusula, entretanto, parece não constituir obstáculo para aplicação da lei brasileira ao caso. Isso porque se entende no Brasil que o direito aplicável no caso de conflito entre usuário brasileiro aqui residente e rede social sediada nos EUA (por exemplo), caberia ao direito brasileiro. Esse entendimento advém, mais uma vez, da potencial aplicação especial do artigo 11 do Marco Civil da Internet em relação à LINDB, ao dispor que:

em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e

dos. O *facebook* estabelece na Declaração de direitos e responsabilidades como foro para resolução de conflitos resultantes de sua aplicação o “tribunal distrital americano, o distrito do norte da Califórnia, ou um tribunal estadual localizado no condado de San Mateo”, Nos termos de uso do *Instagram*, se estabelece que: “Exceto se você recusar ou para disputas relacionadas a: (1) sua propriedade intelectual ou do *Instagram* (como marcas comerciais, imagem comercial, nomes de domínio, segredos comerciais, direitos autorais e patentes); (2) violações dos Termos da API; ou (3) violações das provisões 13 ou 15 dos Termos básicos acima (“Disputas excluídas”), você concorda que todas as disputas entre você e o *Instagram* (havendo ou não ou envolvimento de terceiros na disputa em questão) relacionadas ao seu relacionamento com o *Instagram*, incluindo, entre outras, disputas relacionadas a esses Termos de Uso, seu uso do Serviço e/ou direitos de privacidade e/ou publicidade, serão resolvidas por meio de arbitragem legal individual mediante as regras da *American Arbitration Association* para arbitragem de disputas relacionadas a consumidores e você e o *Instagram* abdicam expressamente, por meio deste, de julgamento por júri. Como alternativa, você pode levar a reivindicação para seu tribunal de “pequenas causas” local, caso as normas deste permitam”.

23 BRASIL. Código de Processo Civil, lei n. 13.105 de 16 de março de 2015.

24 BRASIL. Lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014.

25 Ao analisar o marco civil da internet nessa temática, COSTA e WACHOWICZ entendem que “[...] Porém, as opções do legislador (1) por uma lista aberta e exemplificativa e (2) pela inclusão, aí, de regra (inciso II) voltada a proteger o hipossuficiente na celebração de contratos de adesão — e não de preservar a privacidade e a liberdade de expressão — são particularmente deletérias. Ganhariam a segurança jurídica e a proteção dos princípios e direitos consagrados no MCI com uma revisão que (1) substituisse a sistemática de decretação de nulidade de cláusula pela da vedação de inclusão de conteúdos contratuais contrários aos princípios e regras do MCI e (2) reservasse à jurisdição exclusiva brasileira os casos atentatórios à privacidade e à liberdade de expressão na rede. Entende-se, aliás, em face da base legal e constitucional - e não meramente contratual - de pleitos a respeito de tais aspectos, que dificilmente se poderia excluir a jurisdição brasileira, mesmo que tal dispositivo legal jamais chegasse a existir”: COSTA, José Augusto Fontoura; WACHOWICZ, Marcos. Cláusulas contratuais nulas no marco civil da internet. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 68, p. 447-496, jan./jun. 2016.

os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros²⁶.

Firma-se, assim, um conjunto de paradoxos.

Quanto à territorialidade, pela leitura do marco civil da internet, depreende-se que a jurisdição e o direito brasileiro deverão ser respeitados nas relações travadas entre usuários e redes sociais (concepção essa iminentemente territorial). Por outro lado, as redes possuem seu *menu* próprio de definições de ilícitos, por meio de seus termos de uso; e a localização da informação, os domicílios dos usuários e a categorização ou tipificação do fato, como ilícito, não necessariamente dizem respeito a uma única jurisdição.

Além disso, o exercício da jurisdição pelo Estado se mostra obsoleto ou sem efetividade. A dispersão da informação em rede torna irrelevante a exclusão da informação de forma abrangente no espaço digital. E, juridicamente, caso haja a necessidade do cumprimento de uma decisão judicial brasileira e a rede social alegar que o acesso à informação solicitada se encontra submetida a uma outra jurisdição, tem-se um novo problema. Muito frequentemente, no Brasil, apenas se realiza a coleta dos dados, seu armazenamento e processamento. Parte dos conteúdos estarão “fisicamente” acessíveis em território submetido a outra jurisdição.

3.2. A tecnologia *blockchain* como alternativa à geração de confiança entre as partes

Como segundo exemplo para efeitos do artigo, refletiremos sobre a tecnologia denominada *blockchain*, também conhecida como “*distributed ledger technology – DTL*”. A tecnologia vem alterar o grau ou até mesmo a necessidade de intervenção estatal para a redução dos custos de transação e geração de confiança entre as partes. Entre as suas aplicações mais conhecidas até o momento estão as *criptomoedas*.

A tecnologia de *blockchain* pode ser conceituada como um sistema de banco de dados distribuídos que funciona como um instrumento de registro que permite a transferência de valores/informações sem a existência de uma autoridade central de validação. Essa validação é feita de maneira compartilhada e descentralizada por meio de uma rede *peer-to-peer*.²⁷ É como se os dados do livro-caixa da empresa fossem gravados, tivessem sua origem e conteúdo confirmados em vários computadores em rede, de maneira quase simultânea, e, uma vez introduzidos, tais dados não pudessem ser mais alterados por uma parte e o acesso ao seu conteúdo estivesse à disposição de todos os membros da rede.

Niforos identifica a relevância da tecnologia *blockchain* a partir de “sua capacidade de implantar mecanismos criptográficos para alcançar o consenso entre as partes no livro caixa/registro digital. Isso elimina a necessidade de uma autoridade central ou intermediária, criando assim um sistema de confiança distribuído de transferência de valor.”²⁸

A tecnologia foi construída com base em quatro elementos: “o registro compartilhado das transações (*ledger*), o consenso para verificação das transações, um contrato que determina as regras de funcionamento

26 Esse artigo é complementado pelos parágrafos “§ 1o O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil § 2o O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que oferte serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.”

27 CPQD. *Tecnologia Blockchain: uma visão geral*. Disponível em: <<https://www.cpqd.com.br/wp-content/uploads/2017/03/cpqd-whitepaper-blockchain-impresso.pdf>>. Conceitua blockchain como: “um sistema distribuído de base de dados em log, mantido e gerido de forma compartilhada e descentralizada (através de uma rede peer-to-peer, P2P), na qual todos os participantes são responsáveis por armazenar e manter a base de dados”; Marina Niforos conceitua como “Blockchain introduces a database that functions like a distributed network, hence the term ‘distributed ledger’—with the promise of near friction-free cooperation between members of complex networks that transfer value to each other without central authorities or middlemen”.

28 NIFOROS, Marina. International Finance Corporation. *World bank Groupe, Blockchain in development – Part I: a new mechanism of trust?* Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/511661502947718159/pdf/118734-BRI-EMCompass-Note-40-Blockchain-Part-I-PUBLIC.pdf>>.

das transações e finalmente, a criptografia, que é o fundamento de tudo.”²⁹ O elemento contratual descrito nesse caso versa sobre um código de computador que descreve e comanda como a transação deverá ocorrer.

Quem participa dessa rede é chamado de nó ou *peer*. As informações que serão acrescentadas ao registro digital (*ledger*) somente são introduzidas caso haja consenso entre os membros previamente designados para aquela operação. O processo de validação das informações é chamado, no caso das criptomoedas, de mineração.

Esse processo é desenvolvido de maneira democrática³⁰: consiste na resolução de problemas matemáticos por meio de uma competição entre os participantes da rede: aquele que os resolver mais rápido poderá definir o número de transações que comporá o bloco onde essas informações serão registradas.³¹ CAYTOS explica esse processo:

se a maioria do [dos integrantes das redes que possuem maior] poder de computação do sistema apresentar uma versão de uma cadeia de blocos completa sobre outra, essa versão prevalece e substitui os diferentes registros mantidos pelos nós remanescentes. Este sistema autocorretivo aplica-se aos históricos, mas não aos novos registros que são adicionados à cadeia como blocos criptografados usando chaves públicas e privadas, documentando cada nova transação. Uma vez verificados e adicionados, os blocos de uma cadeia tornam-se praticamente inalteráveis, criando segurança robusta para a manutenção de registros distribuídos. Forjar um registro existente exige simultaneamente o sequestro de um grande número de computadores em rede para substituir uma cadeia de blocos de destino.³²

Aquele que conseguir resolver o problema, no caso da criptomoedas, é remunerado pelo seu trabalho com um percentual do valor da transação pré-definido pelo solicitante da transferência e pago em criptomoedas.³³

Além do uso da tecnologia *blockchain* para o desenvolvimento de criptomoedas, há, também, a possibilidade desta tecnologia servir de base para a formação de “contratos inteligentes”. Estes são programas de computador que vão além de um sistema de pagamentos e trazem comandos auto executáveis cujo conteúdo pode ser pré-definido pelos usuários.³⁴ Trata-se de um contrato redigido em linguagem de código de computador e por ele administrado e executado.

Dentre as possíveis aplicações dessa tecnologia, citam-se: voto, emissão de identidades digitais, registro de propriedades, automação de contratos, gestão de direitos de propriedade intelectual, certificação de documentos (data e conteúdo postado na internet, por exemplo)³⁵. Já há no mercado plataformas construídas de modo a permitir a elaboração e execução de contratos inteligentes, como é o caso da rede Ethereum. Trata-se de uma tecnologia em construção e ainda é cedo para prever todos os impactos que pode vir a

29 SILVA, Carlos Henrique Duarte da. *Blockchain: o que é e como funciona?* Disponível em: <<https://www.ibm.com/blogs/systems/br-pt/2017/06/05/blockchain-o-que-e-e-como-funciona/>>. Acesso em: 1 dez. 2017.

30 CAYTAS, Joanna Dian. Blockchain in the U.S. Regulatory Setting: Evidentiary Use in Vermont, Delaware, and Elsewhere. *Columbia Science & Technology Law Review*, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2988363>>.

31 CPQD. *Tecnologia Blockchain: uma visão geral*. Disponível em: <<https://www.cpqd.com.br/wp-content/uploads/2017/03/cpqd-whitepaper-blockchain-impresso.pdf>>.

32 Conforme CAYTAS, “A record’s validity is established “democratically”: if the majority of the system’s computing power presents one version of a full blockchain over another, that version prevails and overrides differing records held by remaining nodes. [9] This self-correcting system applies to historical but not to new records that are added to the chain as blocks encrypted using private and public keys, documenting every new transaction. Once verified and added, blocks in a chain become practically unalterable, creating robust security for distributed-ledger record keeping. [10] Forging an existing record requires simultaneously hijacking vast numbers of networked computers to override a target blockchain.” CAYTAS, Joanna Dian. Blockchain in the U.S. Regulatory Setting: Evidentiary Use in Vermont, Delaware, and Elsewhere. *Columbia Science & Technology Law Review*, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2988363>>.

33 CPQD. *Tecnologia Blockchain: uma visão geral*. Disponível em: <<https://www.cpqd.com.br/wp-content/uploads/2017/03/cpqd-whitepaper-blockchain-impresso.pdf>>.

34 Wright, Aaron; De Filippi, Primavera. *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*. 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2580664>>.

35 BHEEMAIHAH, Kariappa. *Why Business Schools Need to Teach About the Blockchain*. 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2596465>>.

trazer para o sistema jurídico.³⁶

É possível, entretanto, estabelecer algumas relações entre os sistemas. Se, à primeira vista, a tecnologia *blockchain* e o sistema jurídico estatal apresentam diferenças quanto à natureza, estrutura e função, um exame mais profundo permite a identificação de uma semelhança: assim como o Direito, a tecnologia *blockchain* tem sua legitimação fundada pelo procedimento³⁷. Enquanto o processo de legitimação do Direito³⁸ deriva das instituições e regras prévias e democraticamente estipuladas, a legitimação da tecnologia *blockchain* decorre da inviabilidade técnica de ser corrompido — até o momento —, da ideologia da neutralidade da tecnologia, de um elevado grau de transparência de seus resultados e, principalmente, da ideia de consenso compartilhado.

Enquanto os especialistas da área de finanças pensam no impacto que as criptomoedas imporão à estrutura atual do sistema financeiro, os juristas se perguntam sobre as consequências que a tecnologia *blockchain* trará para a própria função do Direito como sistema regulador/solucionador de conflitos. Ao reduzir a possibilidade de inadimplemento das obrigações contraídas via sistema de *blockchain*, essa tecnologia reduz, ao mesmo tempo, a necessidade da existência prévia de regras estatais para garantia das operações. Quanto maior o grau de eficiência no controle das operações redigidas e executadas por meio da tecnologia, maior o grau de confiança gerado entre os usuários e menor a necessidade da estrutura estatal de resolução de conflitos. O aperfeiçoamento e difusão dessa tecnologia poderá impactar o próprio uso do sistema jurídico no formato que hoje conhecemos.

A incorporação da tecnologia *blockchain* pela sociedade não conduz a uma escolha entre sua aplicação e o uso da solução estatal atual para confirmação de registros. A possibilidade descrita neste artigo, que implicará uma mudança de fato, ocorrerá quando o Estado passar a reconhecer o uso dessa ferramenta como mecanismo de geração de confiança. Isso quer dizer que o Estado reconhecerá que um sistema que não é centralizado, comandado e mantido por ele esteja autorizado a certificar e validar informações. Esse movimento parece já estar em curso. CAYTAS, em um estudo recente, identificou uma série de normas que já se encontram em discussão ou aprovadas em estados dos EUA pelas quais se reconhece a validade da aplicação do *blockchain* como mecanismo de registro de informações.³⁹

A seguir serão tratados, de maneira mais detalhada, os questionamentos trazidos pela aplicação da tecnologia *blockchain* no caso das criptomoedas, em especial, o aspecto relativo à jurisdição e territorialidade.

3.3. As criptomoedas e os desafios à definição da jurisdição

O termo criptomoedas foi desenvolvido a partir de um *paper* publicado em 2008 por Satoshi Nakamoto⁴⁰, no qual a estrutura do bitcoin é apresentada. Pode-se conceituar criptomoedas como “um bem digital construído como meio de troca, com base na tecnologia da criptografia, para garantir o fluxo transacional, bem como para controlar a criação de unidades adicionais da moeda.”⁴¹ Dentre as criptomoedas mais conhecidas, destacam-se o *bitcoin* e o *ethereum*.

36 Sobre os usos e benefícios da tecnologia *blockchain* ver nessa edição DENNY, Danielle; PAULO, Roberto; DE CASTRO, Douglas. *Blockchain e agenda 2030*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

37 LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição. Brasília: UNB, 1980.

38 Aqui concebido como fruto do Estado Democrático de Direito.

39 CAYTAS, Joanna Dian. *Blockchain in the U.S. Regulatory Setting: Evidentiary Use in Vermont, Delaware, and Elsewhere*. *Columbia Science & Technology Law Review*, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2988363>>.

40 A identidade de Satoshi Nakamoto ainda é objeto de especulação. O *paper* descrito pode ser encontrado em: NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. 2008. Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>.

41 « At its simplest, a cryptocurrency can be thought of as a digital asset that is constructed to function as a medium of exchange, premised on the technology of cryptography, to secure the transactional flow, as well as to control the creation of additional units of the currency. » Chohan, Usman W. *Cryptocurrencies: A Brief Thematic Review*, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3024330>>. Acesso em: 2 out. 2017.

No caso das criptomoedas, um caso recente sobre a possibilidade de penhora de bitcoins testou o judiciário brasileiro sobre a capacidade do Estado de executar valores que estejam convertidos em bitcoins. Tratou-se de um caso de execução de uma dívida de um dos clientes do Banco Santander. O Tribunal de Justiça de São Paulo assim se manifestou sobre o pedido de penhora realizado pelo referido banco:

Por se tratar de bem imaterial com conteúdo patrimonial, em tese, não há óbice para que a moeda virtual possa ser penhorada para garantir a execução. Entretanto, a agravante não apresentou sequer indícios de que os agravados tenham investimentos em bitcoins ou, de qualquer outra forma, sejam titulares de bens dessa natureza. Tampouco evidenciado que os executados utilizam moedas virtuais em suas atividades. Como se nota, o pedido formulado é genérico e, por essa razão, não era mesmo de ser acolhido. [...] Nesse contexto, correta a conclusão da decisão agravada ao afirmar que, ainda que seja possível, em tese, a constrição de BITCOIN(S), não é possível determinar tal medida à “Rede de Internet”.⁴² (grifo nosso)

Nesse processo se admite a possibilidade de penhora, mas também se reconhece a necessidade de se apontar indícios de que o executado tenha uma conta em *exchanges* que possa permitir a penhora. Como indicado na decisão, a medida não pode ser imposta “à rede de internet”. A capacidade de execução do Estado nesse caso está atrelada ao depósito de criptomoedas em uma conta em *exchanges* e indícios da existência dessa conta. A aquisição de bitcoins, contudo, dispensa intermediários como as casas de *exchanges* pois pode ser realizada em um sistema de troca entre particulares. E, diante dessa possibilidade, o Estado-juiz não teria como executar esse valor convertido em criptomoedas.

Assim, em se tratando de criptomoedas, identificam-se problemas quanto à aderência entre jurisdição e territorialidade⁴³. Em primeiro lugar, os critérios atuais de definição da jurisdição competente não comportam o espaço virtual onde as moedas se encontram. A definição da jurisdição para adjudicar não guarda relação com o local no qual estão “depositadas” (casa de *exchanges*). Em segundo lugar, a determinação do direito aplicável, também, é problemática, uma vez que a localização das criptomoedas não permite a fixação dessa definição. E, mesmo quando há tal possibilidade⁴⁴ — no caso dos valores terem sido declarados para Receita Federal e caso estejam custodiados em casas de *exchanges* — a definição do direito aplicável não garante a existência de regras claras aplicáveis às criptomoedas⁴⁵. Ainda não há consenso sobre sua natureza jurídica: mercadoria, instrumento financeiro, dinheiro, unidade de conta, renda (mineração), sistema eletrônico de pagamentos, moeda, ganho de capital (transações), bem, serviço financeiro, propriedade privada, *e-money*, emprego (mineração), meio de pagamento, substituto monetário⁴⁶. Sem a indicação sobre sua natureza, não há, tampouco, como precisar suas qualificação e consequências jurídicas, como regras de conexão, direitos e obrigações decorrentes.

Como sugerido, mostra-se um novo descompasso entre Estado, jurisdição e territorialidade. A definição da jurisdição competente para executar não produz resultados significativos se os valores não estiverem custodiados em uma casa de *exchange*. E mesmo se estiverem ali custodiadas, a depender do país onde a casa de *exchange* esteja sediada, há, ainda, o problema de sua definição jurídica e por consequência, sua capacidade de ser objeto de execução.

42 TJSP. Agravo de Instrumento n. 2202157-35.2017.8.26.0000. Relator: Milton Carvalho de 21 de novembro de 2017.

43 Em resposta aos desafios da definição da jurisdição aplicável, Ranidson Souza apresenta nessa edição da Revista, um artigo analisa a possibilidade de criação de leis supranacionais e estratégias de autorregulação como meio de suprir a lacuna normativa no caso das criptomoedas. SOUZA, Ranidson. Território das criptomoedas: limites à regulamentação estatal quanto à circulação de moedas no ciberespaço e possíveis alternativas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

44 Sobre as dificuldades de enquadramento das criptomoedas nos modelos desenvolvidos pelo direito tributário atual, ver o artigo nessa edição: FOLLADOR, Guilherme. Criptomoedas e competência tributária. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

45 Sobre o tema do tratamento jurídico das criptomoedas, ver nessa edição o artigo de de ANDRADE, Mariana Dionísio. Tratamento jurídico das criptomoedas: a dinâmica dos bitcoins e o crime de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

46 Nicole Fobe identifica as diferentes naturezas jurídicas utilizadas pelos países para definição do bitcoin juntamente com as implicações jurídicas decorrentes. Ver mais sobre FOBE, Nicole. *O bitcoin como moeda paralela: uma visão econômica e a multiplicidade de problemas jurídicos*. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016. p. 91-95.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O monopólio da jurisdição (adjudicatória) pelo Estado, como meio de solucionar de maneira efetiva e definitiva conflitos, e a noção de territorialidade, atrelada à jurisdição, estão sendo postos à prova pelo espaço digital.

Ainda que ao longo da história, esse monopólio e territorialidade venham sofrendo alterações, neste artigo, analisaram-se fenômenos próprios do ambiente digital que têm potencial de causar ainda mais impactos no papel do Estado como agente exclusivo do exercício da jurisdição e da noção de territorialidade.

No primeiro exemplo, destacamos como as redes sociais têm gerenciado o exercício de dois direitos fundamentais: liberdade de expressão e privacidade. O modo de operação das redes sociais no que concerne à geração, armazenamento e processamento de dados de seus usuários tem como estratégia a realização de cada uma dessas etapas em territórios submetidos à diferentes jurisdições. Associado a esse fato, a dificuldade de exclusão de um dado, uma vez publicado no mundo digital, torna a rede social não apenas a prestadora do serviço, mas também a solucionadora dos conflitos dessa relação. A falta de efetividade das decisões jurídicas relacionadas à exclusão de conteúdos postados na internet, o tempo levado para que tais decisões sejam proferidas e os obstáculos jurisdicionais para sua execução, fortalecem por via indireta, esse papel da rede social.

Na sequência, expusemos a tecnologia *blockchain*, seu modelo distribuído de dados e sua lógica própria, como alternativa ao modelo de solução estatal atual de geração de confiança entre os membros de uma relação jurídica. A inviabilidade técnica — até o momento — de alteração dos registros gravados pela aplicação da tecnologia *blockchain* pode ser um instrumento gerador de confiança nas relações entre particulares. A forma como o registro é feito por meio de um consenso compartilhado entre vários usuários, administrado por um programa de computador e disponível a todos, fortalece a estrutura de segurança entre aqueles que desejem utilizar dessa tecnologia.

Não se trata de um substituto do Estado propriamente dito, mas da forma como os intermediários e o modelo estatal atual têm operado para gerar confiança entre aqueles que desejam realizar uma relação contratual, reconstruindo a ideia de jurisdição e sua dependência em relação ao próprio Estado e a noção de territorialidade.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Mariana Dionísio. Tratamento jurídico das criptomoedas: a dinâmica dos bitcoins e o crime de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.
- ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.
- BHEEMAIHAH, Kariappa. *Why Business Schools Need to Teach About the Blockchain*. 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2596465>>.
- CAYTAS, Joanna Dian. Blockchain in the U.S. Regulatory Setting: Evidentiary Use in Vermont, Delaware, and Elsewhere. *Columbia Science & Technology Law Review*, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2988363>>.
- CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1943.
- Chohan, Usman W. *Cryptocurrencies: A Brief Thematic Review*, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3024330>>. Acesso em: 2 out. 2017.

COSTA, José Augusto Fontoura; WACHOWICZ, Marcos. Cláusulas contratuais nulas no marco civil da internet. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 68, p. 447-496, jan./jun. 2016.

CPQD. *Tecnologia Blockchain: uma visão geral*. Disponível em: <<https://www.cpqd.com.br/wp-content/uploads/2017/03/cpqd-whitepaper-blockchain-impresso.pdf>>.

DENNY, Danielle; PAULO, Roberto; DE CASTRO, Douglas. Blockchain e agenda 2030. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

DIDIER JR., F. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: Jus Podium, 2009.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

FACEBOOK. *Declaração de direitos e responsabilidades*: última revisão. 30 jan. 2015. Disponível em: <<https://pt-br.facebook.com/legal/terms>>.

FOBE, Nicole. *O bitcoin como moeda paralela: uma visão econômica e a multiplicidade de problemas jurídicos*. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016.

FOLLADOR, Guilherme. Criptomoedas e competência tributária. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

INSTAGRAM. *Termos de uso*. 19 jan. 2013. Disponível em: <<https://pt-br.facebook.com/help/instagram/478745558852511>>.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Brasil em Números*, v. 25, 2017.

International Telecommunication Union (ITU). *Measuring the Information Society Report 2017*. Genebra: ITU, 2017. v. 2.

JATAHY, V. M. B. *Do Conflito de Jurisdições*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JUENGER, Friedrich K. *General Course on Private International Law*. Haia: Curso de Haia, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição. Brasília: UNB, 1980.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MARINONI, L. G. et al. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. v. 2.

MEHREN, Arthur T.; TRAUTMAN, Donald T. Jurisdiction to Adjudicate: a Suggested Analysis. *Harvard Law Review*, v. 79, 1966.

NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. 2008. Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>.

NIFOROS, Marina. International Finance Corporation. *World bank Groupe, Blockchain in development – Part I: a new mechanism of trust?* Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/511661502947718159/pdf/118734-BRI-EMCompass-Note-40-Blockchain-Part-I-PUBLIC.pdf>>.

SAMTLEBEN, Jürgen. Histórico da Arbitragem no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997.

SILVA, Carlos Henrique Duarte da. *Blockchain: o que é e como funciona?* Disponível em: <<https://www.ibm.com/blogs/systems/br-pt/2017/06/05/blockchain-o-que-e-e-como-funciona/>>. Acesso em: 1 dez. 2017.

SOUZA, Ranidson. Território das criptomoedas: limites à regulamentação estatal quanto à circulação de moedas no ciberespaço e possíveis alternativas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

STJ. AgRg no AREsp 712456/RJ. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Terceira Turma de 17 de março de

2016. *Diário da Justiça eletrônico*, 28 mar. 2016.

TJSP. Agravo de Instrumento n. 2202157-35.2017.8.26.0000. Relator: Milton Carvalho de 21 de novembro de 2017.

TWITTER. *Termos de serviço se você reside fora dos Estados Unidos*. Disponível em: <<https://twitter.com/pt/tos>>.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. v. 1.

WE ARE SOCIAL. HOOTSUITE. *Digital in 2017 Global Overview*, disponível em: <<https://wearesocial.com/special-reports/digital-in-2017-global-overview>>.

Wright, Aaron; De Filippi, Primavera. *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*. 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2580664>>.

YOUTUBE. *Termos de serviço*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/static?gl=BR&template=terms&hl=pt>>.

B. PROTEÇÃO DE DADOS E PROVEDORES DE INTERNET

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

O tempo e o espaço. Fragmentos do marco civil da internet: paradigmas de proteção da dignidade humana

Time and space. fragments of the internet civil framework: human dignity protection paradigms

Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos

Marilene Araujo

O tempo e o espaço. Fragmentos do marco civil da internet: paradigmas de proteção da dignidade humana*

Time and space. fragments of the internet civil framework: human dignity protection paradigms

Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos**

Marilene Araujo***

RESUMO

Tempo e espaço são paradigmas, sufragam as vontades e as possibilidades. Marcam e fazem a história. O tempo inicia e põe termo às relações jurídicas. O que se propõe neste estudo é, a um só tempo, refletir e analisar fragmentos de seus marcos regulatórios civil, a Lei nº 12.965/2014. Por causa da cultura de livre circulação na Internet e a falta de controles estruturais e externos, buscou-se estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres, para esse microcosmo em expansão em nossa sociedade. Seu fundamento: o respeito à liberdade de expressão. Seu objetivo: o acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural. O paradigma fundante é a dignidade humana: a representação de si cuja proteção da liberdade é garantia da expressão da personalidade. A reflexão posta traz velhas questões, tempo, espaço, relações jurídicas, marcos legais, liberdade e dignidade. Mas, os novos paradigmas são possíveis com novas construções teóricas que contribuam, de alguma forma, para que o Direito se situe em um espaço virtual problemático e mantenha as conexões necessárias para a conservação da vida em sociedade, e, por consequência, a proteção da dignidade humana. A metodologia empregada é a Tópica. A Tópica é um modo de pensar por problemas, a partir deles e em sua direção. Juridicamente, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados com um caráter *zetético* ou problemático.

Palavras Chaves: tempo. Espaço. Marco civil. Dignidade humana.

ABSTRACT

Time and space are paradigms, suffers wills and possibilities. They mark and make history. Time begins and ends legal relationships. The purpose of this study is, at the same time, to reflect and analyze fragments of its civil regulatory frameworks, Law No. 12,965 / 2014. Because of the culture of free circulation on the Internet and the lack of structural and external controls, we sought to establish principles, guarantees, rights and duties for this expanding microcosm in our society. Its foundation: respect for freedom of

* Recebido em 31/10/2017

Aprovado em 28/11/2017

** Pós-doutora em Psicologia pela PUC-SP, doutora em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito pela mesma instituição, mestre em Direito Penal e em Filosofia pela PUC-SP. Professora associada pela USP, livre-docente em Direito Penal também pela USP. Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito (mestrado e doutorado) e da graduação em Direito da PUC-SP. Coordenadora e líder do Grupo de Pesquisas em Direito Percepções Cognitivas na Interpretação da Norma, da PUC-SP, credenciado pelo CNPQ, membro titular do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, membro titular da CAASP, membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCrim, membro titular da Comissão Internacional de Bioética, membro titular da Associação Internacional de Direito Penal (Paris-França), membro do Instituto Internacional de Filosofia do Direito, membro fundador da Comissão de Bioética e Biodireito da OAB-SP, membro-fundador da Comissão de Bioética no Conselho Federal da OAB-Brasil, advogada. Email: mariac.leite@bol.com.br

*** Doutoranda em Filosofia do Direito pela PUC-SP, mestra em Direito Constitucional pela PUC-SP, especialista em Direito Administrativo pela PUC-SP e em Processo Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Membro do IBDC – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e do Grupo de Pesquisas em Direito Percepções Cognitivas na Interpretação da Norma da Faculdade de Direito PUC-SP, advogada. Email: maraujo@aasp.org.br

expression. Its objective: access to information, knowledge and participation in cultural life. The fundamental paradigm is human dignity: the representation of self whose protection of freedom is a guarantee of the expression of personality. The posta reflection brings old issues, time, space, legal relations, legal milestones, freedom and dignity. But the new paradigms are possible with new theoretical constructions that contribute in some way so that the Law is located in a problematic virtual space and maintains the necessary connections for the conservation of the life in society, and, consequently, the protection of the human dignity. The methodology used is Topical. Topical is a way of thinking for problems, from them and in their direction. Legally, to think topically means to maintain principles, concepts, postulated with a zetestic or problematic character.

Key Words: Time. Space. Civil Framework. Human Dignity.

1. INTRODUÇÃO

O caminho empregado no presente trabalho é a tópica. A tópica permite a análise a partir do problema migrando para o sistema. O problema é trazido para um conjunto de deduções previamente dado¹, de forma a encontrar caminhos para as aporias postas.

O problema colocado se reduz à variabilidade do Direito em estabelecer marcos, fronteiras, em um mundo virtual (internet) onde o tempo e espaço parecem ter evaporados. Esses marcos construídos pela técnica da positivação têm a função de conservação da sociedade, e, portanto, a proteção do ser humano e da dignidade humana.

Em um mundo virtual e sem barreiras, mas com fronteiras marcadas pelo Direito, surgem questões seculares como a liberdade, privacidade e a preservação e proteção da dignidade. A Teoria dos Sistemas de Luhmann, ao estabelecer que a sociedade é constituída pela comunicação, traz um novo paradigma muito citado, mas pouco refletido e aplicado.

A Teoria de Luhmann revoluciona a forma de explorar e analisar a sociedade e os seus institutos. A dignidade humana é colocada em termos de processos comunicacionais e o Direito aparece como protetor da liberdade e da personalidade, tendo a função de permitir comportamentos e assegurar as expectativas.

Este artigo é dividido em três partes, as quais estão subdivididas em seis tópicos. A proposta apresenta-se da seguinte forma:

A primeira parte se concentra no primeiro tópico em que se traçam as funções e as problemáticas do Direito de estabelecer marcos em face aos fenômenos tempo e espaço. A segunda parte está concentrada nos tópicos dois e três, em que se trabalha com um cortejo teórico para fixar as premissas necessárias sobre a liberdade de expressão, a internet e a dignidade humana.

Na última parte do trabalho, estão concentrados os tópicos quatro, cinco e seis. Aqui se discute o significado da carta de princípios estabelecida pelo Marco Civil da Internet, a proteção da dignidade humana (direitos da personalidade, liberdade e privacidade), concluindo que há desafios permanentes, na Internet, para a proteção da dignidade humana pelo Direito e que a conservação da sociedade humana é possível apenas com a desconstrução e construção de paradigmas.

1 Ao discorrer sobre a tópica, Theodor Viehweg explica que “o problema, através de uma reformulação adequada, é trazido para dentro de um conjunto de deduções previamente dado, mais ou menos explícito e mais ou menos abrangente, a partir do qual se infere uma resposta. Se a este conjunto de deduções chamamos de sistema, então podemos dizer, de modo mais breve, que para encontrar uma solução, o problema se ordena dentro do sistema”. Tópica e Jurisprudência. VIEHWEG Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília: Ministério da Justiça, co-edição Ed. Universidade de Brasília, 1979. p. 34.

2. LIMITES DO DIREITO: O TEMPO E O ESPAÇO NA INTERNET

Somos tempo personificado, e também o são nossas sociedades, formadas pela história. Mas a simplicidade desta afirmação esconde a complexidade do conceito de tempo, uma das categorias mais controversas em ciências naturais e também ciências sociais, cuja centralidade é salientada nos debates atuais [...]

CASTELLS, 1999.

A pergunta sobre os limites do Direito é paradoxal, pois o DIREITO não tem limites. Pode-se, no entanto, estabelecer fronteiras limítrofes internas ou externas, espaço-temporais ao fenômeno jurídico direito.

Na tradição, o *espaço* conhecido tem limites — o que em Roma foi essencial para estabelecer uma taxionomia e, inclusive, um critério de interpretação, o que parece não existir no espaço virtual. Nele não se reconhecem limites geográficos, como rios, montanhas, nem estatais, porque ignora governos.

Entendia-se por *espaço* o “*continente de todos os objetos sensíveis que existem*, o que hoje é definido como um *espaço do saber*, onde o ser humano se restringe ao cérebro, a um *sistema cognitivo* que se comunica com outros cérebros, configurando um espaço baseado em uma tecnologia intelectual, uma comunidade pensante.

A retirada de marcos é sobretudo o recuo de noções juridicamente delimitadas, em proveito de noções imprecisas. Mas não é só o conteúdo das normas que está em jogo, pois o fenômeno jurídico afeta a própria organização. Desaparecem os marcos que separavam as grandes categorias (ou disciplinas) entre as quais se repartem as diversas espécies de direito.

Outro tema de vivência comum do direito positivado é o *tempo*. Tercio Sampaio Ferraz Jr.² assume que o tempo é um dado fenomênico, que possui alto fator de contingência que precisa ser controlado e interfere nas decisões.

O controle do tempo mediante positivação é, assim, condição de decidibilidade. De outro, o domínio da temporalidade torna-se inerente ao próprio direito [...]. Trata-se da percepção de que o direito não está no tempo, mas é *temporal* por força de sua constituição positiva.

2.1. As categorias espaço-temporais e o paradoxo do fenômeno jurídico

O surgimento da era digital suscitou a necessidade de repensar as categorias espaço-temporais incidentes sobre o Direito e de Direito. Se a norma jurídica se refere ao *lugar* ou ao *tempo*, e se essas noções mudam pelo caráter aberto, interativo, virtual e global da *internet*, produzem uma sensível desestruturação no Direito.

Existe um novo espaço: o cibernético³ (*cyberspace*), diverso do espaço físico, maleável, posto que qualquer um pode redefinir códigos e interagir neste espaço, o que o converte em um objeto refratário às normas legais, as quais levam em conta tais elementos para decidir numerosos aspectos jurídicos. É um espaço do

2 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *O Direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014. p. 7 e ss. Na *Física*, Aristóteles havia definido o tempo pela medida do movimento entre um *antes* e um *depois*. No *mundo virtual*, é difícil conceber o tempo como um *antes* e um *depois*. Como qualificar, por exemplo, o espaço em que um documento virtual é autenticado? Como contar o tempo firmado digitalmente em países distantes? Santo Agostinho, em suas *Confissões*, ao interrogar-se sobre o que “o tempo levanta dúvidas: não é o passado, porque o tempo que já passou já não é mais. Não é o futuro, pois o tempo que virá não é ainda. E o presente não passa de um átimo, entre o passado e o futuro: é quando deixa de ser e então não é; mas quando deixa de ser já é, mas é o que ainda não é, e, então não é. Diante disso, o tempo jurídico é uma conceptualização de *nada*, que curiosamente é.

3 LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no Direito: do século XX a pós-modernidade*. São Paulo: WMF M. Fontes, 2011. v. 3. *Homeostase, controle externo, previsibilidade*, esses três princípios sintetizam as características da cibernética em sua fase inicial. Essa *cibernética do equilíbrio* via as perturbações externas como perturbações, assim como a teoria da informação avaliava negativamente como “*barulho*” ou ruído qualquer interferência. A passagem para a *cibernética do desenvolvimento* implicou uma reflexão, um voltar-se da disciplina para si mesma. O observador é incluído na descrição do sistema.

anonimato, um *não lugar*, pela despersonalização que se apresenta pelo simulacro das identidades.⁴

Dessa forma, a “*desterritorialização*” se faz presente. O Estado está unido à noção de território onde exerce a sua jurisdição, e a legislação estatal depende desse nexo. Se uma tecnologia permite ingressar na jurisdição estatal sem passar pelas barreiras estabelecidas para o espaço físico, estamos com problemas.

A natureza dá saltos, explica Mario G. Losano, passa-se dessa forma de uma visão *sistemática* para uma visão *sistêmica*. Para a chamada “primeira” cibernética, de Wiener e Ross Ashby, a *auto-organização* afirma-se em sua forma moderna de *homeostase*, na qual qualquer interferência externa é perturbação, um elemento negativo. Ao contrário, para a “segunda” cibernética de Maruyama e Foerster, a interferência é concebida como um enriquecimento, visto que, ao incorporar o impulso externo, o sistema se reorganiza em função dele.

Antes, se a característica cibernética ocorria pela reação sistema e ambiente, na denominada “segunda cibernética”, um terceiro elemento é introduzido: sistema, ambiente e *observador*. Os sistemas especializados e a inteligência artificial nascem dessa segunda cibernética, que introduz um elemento fundamental das teorias luhmannianas.

Os paralelismos entre ciências físico-naturais e ciências sociais são sedutores. Uma ciência que tenha por objeto a *mudança social* ocupa-se, também, da instabilidade, aceita uma noção de sistema instável, reage à desordem com o *controle social*.

Na tentativa de pôr ordem na complexidade do mundo, Luhmann⁵ evidencia as diversas consequências a que conduz um julgamento de que a estrutura esteja dentro das coisas e não na mente do observador. De um lado, temos a racionalização administrativa imposta pela automação e de outro as exigências do Estado de Direito. A racionalidade, no caso, se estilhaça, porque se torna racional toda ação capaz de resolver problemas específicos.

O Direito tem suas funções reduzidas. Não se ocupa da verdade, nem da finalidade da ação, não está mais ligado à ética, nem à *ratio*. Como as ações operam por meio de alternativas binárias, o direito não pode justificar um comportamento: pode, apenas, permiti-lo. O próprio direito determina quais são os limites do direito, ou seja, determina o que pertence ao direito e o que está fora dele.

O *tempo virtual*, da mesma forma que o espaço, se separou das categorias que configuram o tempo real. O dia e a noite definiram o tempo para o trabalho e o descanso. Hoje, tudo pode ser feito a qualquer tempo e ao mesmo tempo, por não termos tempo.

Da mesma forma, o espaço se separou das categorias comunitárias que configuravam o tempo real. Antes havia horários reservados para certas atividades, agora desapareceram, na família, por exemplo, enquanto um passeia e se diverte o outro trabalha. Ao trabalhar em lugares fechados diante de computadores, o dia e a noite perdem o signo de referência temporal.

Uma tecnologia que nos permite ingressar na jurisdição estatal, sem passar pelas barreiras do espaço físico, possibilita: a) contratar a venda ou uso de bens de forma digital, dar publicidade, transmitir mensagens, ignorando o sistema jurídico nacional aplicável ao território em que vivem; b) violar o regime de importação ou exportação comprando bens digitalizados; c) o download de livros eletrônicos, serviços financeiros e bancários, consultoria, educação, jogos etc.

Outro aspecto de interesse é a denominada *fuga do direito*, como no caso de contratos que preveem mecanismos que neutralizam a via judicial; frente ao inadimplemento se colocam em ação garantias e não ações judiciais (*contratos imunizados no âmbito internacional*).

Há um certo consenso de que existe uma crise de visões totalizadoras, e que o fenômeno do multicul-

4 AUGÉ, Marc. *Los no lugares-espacios del anonimato, una antropología de la sobremodernidad*. Barcelona: Gedisa, 1995. p. 36.

5 LUHMANN, Niklas. *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 23.

turalismo é inegável. Mas não devemos nos enganar o que está em jogo é o conteúdo das normas e não a própria existência delas. Processos que não impõem um *dever-ser*, mas tendem a modelar os comportamentos ao *normal*, ou seja, à média observável, por vezes econômica, fragmentam o Direito e o enfraquecem. Seus contornos passam a ser ilimitados.

Nesse novo mundo, de topologia ambiental alterada, as horas “se perdem” em conversações eletrônicas e o homem depende da atividade do outro *em rede*. Embora carregue seus aparelhos para onde quer que esteja, ele está limitado à capacidade de seu aparelho e limitado a um tempo adquirido (*internet*). O virtual, nesse sentido, não é tangível nem intangível, é lúdico conforme um código.

Desse modo, a sociedade da informação parece estar destruindo o antigo espaço/ tempo público, que passa a ser o espaço da aparência, do espetáculo. Veja-se, por exemplo, na preservação da atividade de informar, representar e negociar, o que justifica a existência de certos limites (direitos)?

De modo particular, a retirada de fronteiras põe em causa o princípio de razão pelo qual o Direito não é somente organização da vida em sociedade, mas modo de instituir a sociedade e o homem.

Onde está a referência que indicava o caminho?

François Ost,⁶ na obra “*O Tempo do Direito*”, relata que *Kronos* (*Cronos*) começa sua história na *indistinção do não tempo*. Para explicar articula a sua obra em três teses centrais.

- A primeira afirma que o tempo é uma *instituição social*, antes de ser um fenômeno físico e uma experiência psíquica. Ele apresenta uma realidade objetiva pela sucessão do dia e da noite, pelo curso das estrelas, ou pelo envelhecimento do ser vivo. Também é uma experiência psíquica de um minuto do relógio (tempo cronológico), ora interminável, ora como instante fulgurante. Será reescrito pelos faraós e imperadores chineses, segundo a mudança dos reinados, comercializado nos relógios, digitalizado, dividido em *beats* e não mais em horas, minutos e segundos (84, 4 segundos = 1 beat), marcado por novos meridianos simbolizando a Internet (Swatch). Onde se nota que o tempo se *temporiza*. Um tempo que, segundo Ost, já não é exterior às coisas, como um contentor vazio e formal, mas que participa de sua própria natureza.
- A segunda tese refere-se ao direito. O direito como discurso performativo tem como função primordial contribuir para a instituição social, por meio de ficções operatórias que exprimem o sentido e o valor da vida em sociedade.
- A terceira tese resulta da interação dialética das duas primeiras. Estabelece um elo entre temporização social do tempo e instituição jurídica da sociedade.

O tempo do processo nos dá uma noção disso. No direito à instituição, tempo é frágil e ameaça des-temporizar-se. Finitude. Se o tempo é duração, qual o lugar da ruptura e do acaso, da descontinuidade e do instante?

3. TECNOLOGIA COMO SISTEMA: INTERNET E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Ao narrar o homem se dá conta que consiste em um ser afetado por sua temporalidade e por efeitos históricos. O tema aqui tratado considera que o homem, a máquina e o Direito dispõem de *linguagem*. Esse

6 OST, François. *O Tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2011. *Abertura*, nos fala de um tempo enigmático e do justo. Filho de *Gea* (terra) e de *Urano* (céu), a pedido de sua mãe, *Kronos* (*Cronos*) mutilou sexualmente seu pai, donde resultou, segundo o mito, a separação entre o Céu e a Terra. Ao fazer isso inaugura o movimento da história. Bloqueia as saídas do tempo, tanto do lado do passado como do futuro. Come seus filhos assim que Reia, sua esposa dava à luz. Até que o último deles *Zeus* o destronou e mandou para o *Tártaro*. Zeus engana o pai e o faz regurgitar os filhos que havia devorado. Este Esse tempo suspenso é repetitivo e compulsivo.

encontro entre eles, por meio da tecnologia, repercute ativamente na *hermenêutica viva* da realidade jurídica, confluindo com ideologias.

De fato, a linguagem e suas mutações, a interconexão com os computadores, tablets e celulares convergiram para a esfera de inteligência coletiva em expansão acelerada, onipresente e sem limites, composta de signos atuantes e interconectados.

A linguagem temporal apresenta a trilogia conhecida: passado, presente e futuro, com nove possibilidades que se inter cruzam. Temos assim: *Passado*: passado do passado; passado do presente; passado do futuro. *Presente*: presente do passado; presente do presente; presente do futuro. *Futuro*: futuro do passado; futuro do presente; futuro do futuro.

O termo *linguagem* nomeia um conceito que se identifica com o falar correto, isto é, com a atividade linguística, dado que o aspecto psíquico é linguagem virtual, ou seja, por um lado, memória estratificada, generalizada e formalizada de atos linguísticos reais e, por outro lado, condição e possibilidade de um novo falar concreto.

A expressão *linguagem virtual* surge na informática americana a partir dos anos 1980, para aludir à realidade perceptiva induzida por aparelhagem cibernética capaz de substituir o funcionamento fisiológico dos sentidos.

Tal realidade é chamada virtual por dizer respeito a imagens computadorizadas. Essa linguagem virtual, líquida, esparsa acaba por romper o paradigma da hermenêutica filosófica. Rompe ainda com a tradição e implica um multiculturalismo, buscando reconhecimento. Nela a tradição é substituída pela inovação.

A linguagem surge com a repetição de gestos, com o trabalho manual humano de lascas a pedra ocorrida em milhares de anos.⁷ A associação da técnica e da linguagem torna mais complexa as relações sociais e mais densa a simbologia. Com a linguagem, o homem supera o concreto, se organiza em termos espaciais e temporais, fonetiza, de forma gráfica, e chega ao alfabeto.

Toda a evolução da humanidade é possível com a expressão do pensamento pela linguagem e as técnicas e tecnologias desenvolvidas, como o alfabeto. Atualmente, com o audiovisual e as novas tecnologias, o intercâmbio entre linguagem e técnica é mais definido.

Essas novas tecnologias formam um *sistema tecnológico* novo que incluem redes telemáticas, telefônicas, o rádio, a televisão, vídeos games. Estas tecnologias convergem e, ao mesmo tempo, se integram. A *internet*⁸ é a mais nova tecnologia de informação e, em razão de sua acessibilidade e rápida expansão, ela traz impactos imediatos nas relações sociais.

Se, de acordo com Niklas Luhmann, tudo que é social e, portanto, humano é comunicação⁹, a *internet* é ambiente virtual¹⁰ (tudo que é desterritorializado, não está fixado em lugar e tempo) e digital (a informação é traduzida em número, de forma binária e processada de forma automática, precisa e em alta escala)¹¹, onde a atividade comunicativa é mais visível.

Essa nova tecnologia se tornou acessível de forma rápida, nos países industrializados, boa parte da população (quase 80%) está conectada à *Internet*. O Brasil¹², a Rússia. A Índia e a China têm taxas de acessos

7 LEROI-GOURHAN, André. *El gesto y la palabra*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1971. p. 116-120.

8 “Rede de computadores dispersos por todo o planeta que trocam dados e mensagens utilizando um protocolo comum, unindo usuários particulares, entidades de pesquisas, órgãos culturais, institutos militares, bibliotecas e empresas de toda envergadura”. Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1098.

9 LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*. México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 101.

10 Virtual é “toda entidade desterritorializada, capaz de gerar diversas manifestações concretas em diferentes momentos e locais determinados, sem, contudo, estar ela mesma presa a um lugar ou tempo em particular... uma palavra é uma entidade virtual”. PIERRY, Levy. *Cibercultura*. São Paulo: 34, 2010. p. 49.

11 PIERRY, Levy. *Cibercultura*. São Paulo: 34, 2010. p. 55.

12 O IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) divulgou no final de 2016 pesquisa que afirma que o acesso à internet chegou a mais de 50% de domicílios brasileiros e 92 % dos domicílios brasileiros acessaram a internet por meio do telefone celular.

elevadas¹³.

Na *Internet*, a comunicação passa a ser instantânea, horizontal e de baixo custo econômico. Isto traz impactos no tratamento da informação e da notícia, por exemplo, o que antes se concentrava na produção das redações de jornais da imprensa escrita, falada e televisiva, hoje, qualquer pessoa, com um simples celular nas mãos, é capaz de registrar um fato e espalhá-lo rapidamente pela *Internet*.

A produção da informação e a produção cultural, por meio dos meios de comunicação, foram descentralizadas e desterritorializadas. Aqui o público é hiperativo e interativo, o que faz com que haja mudanças estruturais nas teorias da comunicação.

E o avanço da tecnologia da *Internet* não fica por aí, com a Internet das coisas, pretende-se conectar objetos do dia a dia à rede mundial. Com ela, haverá a conexão das coisas com as pessoas, em uma rede mundial integrada, ou seja, pessoas com máquinas, recursos naturais, cadeias de produção, empresas, veículos, conectados em tempo real, buscando sistemas de automatização para melhor produtividade e baixar os custos¹⁴.

A Internet possibilita um maior grau de liberdade de expressão. A liberdade de expressão é algo irrenunciável do humano, e nem mesmo em Estados autoritários e totalitários, que tentam contê-la de forma opressiva, a liberdade de expressão existe. É impossível o humano não pensar, não falar. Ao mesmo tempo, o ser humano não possui os mesmos juízos, porque os juízos dependem das paixões de cada um.

Assim, o Estado não tem como anular, totalmente, a liberdade de expressão, porque o Estado é incapaz de fazer com que o homem não opine ou não demonstre os seus afetos, não havendo forma de o Estado fazer o homem exprimir apenas a partir de prescrições estatais.¹⁵

Entretanto, a liberdade de expressão não é um valor superior aos demais, mas ela deve preexistir, porque a lei não pode impor limites impossíveis. Essa liberdade não implica uma discussão *transcendental*, mas factual. No campo do Direito, é uma questão da “eficácia real da norma jurídica”, pois o Direito só regula o que lhe é possível.

A liberdade de expressão é como uma virtude do humano e, portanto, impossível de sofrer proibição legal, além de ser imprescindível para o desenvolvimento da cultura, da arte e das ciências.¹⁶ Pelas características da própria Internet, ela representa a própria liberdade de expressão em si, porque a amplia e a efetiva — de forma nunca vista antes.

Já no século XVIII, se compreendia que não se pode retirar a liberdade de expressão nem concedê-la de forma corrosiva (Spinoza: 1997). Tanto no ambiente virtual como em outros ambientes, a liberdade de expressão pode e deve ser concedida a cada um sem prejuízo ao Direito, dado que não é possível que, em nome de tal liberdade, se destruam as leis estabelecidas. A liberdade só é possível dentro de um campo de mínima normatividade, guiada pelo Direito¹⁷.

A liberdade de expressão é concedida e livremente usufruída para a preservação da sociedade, do Direito e do indivíduo. Sua importância e necessidade é demonstrada nos próprios ordenamentos jurídicos, princi-

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-12/ibge-celular-se-consolida-como-o-principal-meio-de-acesso-internet-no-brasil>. Acessado 27/02/2017.

13 PIERRY, Levy. *Cibercultura*. São Paulo: 34, 2010. p. 55

14 RIFKIN, Jeremy. *La sociedad de coste marginal cero, el Internet de las cosas, el procomún colaborativo y el eclipse del capitalismo*. Barcelona: Paidós, 2014. p. 24

15 SPINOZA, Baruch. *Tratado teológico-político*. Madrid: Altaya, 1997.

16 SPINOZA, Baruch. *Tratado teológico-político*. Madrid: Altaya, 1997. Cap. XX.

17 Tércio Sampaio Júnior citando Kelsen explica que “o indivíduo é livre porque a norma lhe impõe uma conduta, diante de várias possibilidades. Essas possibilidades estão predeterminadas (por razões fisiológicas, psíquicas, sociais, históricas), mas a imputação de uma sanção a uma delas a torna “livre”. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Altas, 2003. p. 114

palmente os da cultura ocidental, que mantêm tal liberdade como direito fundamental, no plano constitucional, e como direito humano, no plano dos sistemas internacionais (convenções e tratados).

Agora, com a *Internet*, países do mundo e organizações internacionais tentam manter a regulamentação desses espaços, e, pelo menos em textos e exposição de motivos de leis, tratados, convenções, sinalizam para maior potencialização da liberdade de expressão no espaço da Internet, uma vez que a sua proibição ou limitação desproporcional, ou seja, que não vise à preservação da sociedade, do Direito e do indivíduo, é impossível na Internet, dada as próprias características desta tecnologia.

4. A LIBERDADE E A DIGNIDADE HUMANA

Em termos gerais, tem-se que o ser humano é o único ser capaz de manter a liberdade em relação ao tempo e ao espaço. Isto porque o instrumento para o homem é um “capital técnico”, que maneja as noções de tempo e de espaço. Ao mesmo tempo, a linguagem faz com que haja “a ideia de um tempo sem limite”, capaz de formulação de conceitos e a abertura de possibilidades.¹⁸ A liberdade aparece como uma invariante do humano.

Niklas Luhmann critica a dogmática constitucional que interpreta conceitos como liberdade e dignidade, sem considerar as ciências que se ocupam do humano e da sociedade, bem como os avanços dos últimos séculos. Ao fazer tal opção, se interpreta a personalidade¹⁹ como uma substância, distinguindo o homem sempre do animal, colocando o social sempre posteriormente ao humano, separando a dimensão social da pessoa social.

Para uma concepção funcional, se faz necessário mudar o conceito de personalidade como substância, ou seja, o sentido do idêntico, para outro conceito que é a autoidentificação do humano como acontecimento realizado no social.

Niklas Luhmann, ao discorrer sobre liberdade, faz sua inter-relação com a dignidade humana, a comunicação e a representação social de cada indivíduo. O ser humano deve ser capaz de “referir sua ação a muitos

18 MALSON, Lucien. *Les enfants Sauvages*. Paris: 10/18, 1964. p. 37.

19 No podemos ofrecer en este contexto ninguna teoría psicológica adecuada de la personalidad y, por eso, también debemos renunciar a confrontarnos con el complejo de problemas más importante de esta teoría: las preguntas por la diferenciación interna de la estructura de la personalidad. Que las personalidades son estructuras sistémicas diferenciadas, puede darse por bastante aceptado —habría tan sólo que remitirse a las teorías pioneras de construcción de la personalidad de Sigmund Freud y de George H. Mead. De no ser ella misma una unidad estructuralmente diferenciada, la personalidad humana no podría constituirse como sistema relativamente autónomo en un entorno diferenciado. La forma de la estructuración —sobre todo la función del yo conscientemente objetivado y su presentación socialmente orientada para la construcción total de la personalidad— y el volumen de las posibilidades de compensación entre las esferas específicas de la personalidad, se discuten ahora tanto, que no podemos remitir a concepciones globales reconocidas. Por esta razón, nos contentaremos en lo que sigue con los conceptos gruesos de “personalidad” y “presentación-de-sí-mismo” y presupondremos que bajo esos conceptos se entiende una estructura altamente compleja y diferenciada de procesamiento de vivencias —estructura que, en un determinado momento, no puede presentarse como siendo en su totalidad consciente ni siendo en su totalidad social—. LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*. México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 148-149. Não podemos oferecer nesse contexto nenhuma teoria psicológica adequada da personalidade e, por isso, também devemos renunciar a confrontar com o complexo de problemas mais importante desta teoria: as perguntas pela diferenciação interna da estrutura da personalidade. Que as personalidades são estruturas sistemáticas diferenciadas —pode ser dado por aceito— haveria tão somente que remeter as teorias pioneiras de construção da personalidade de Sigmund Freud e de George H. Mead. De não ser ela mesma uma unidade estruturalmente diferenciada, a personalidade humana não poderia constituir-se como sistema relativamente autónomo, em um entorno diferenciado. A forma de estruturação — sobre a função toda função do eu conscientemente objetivado e sua apresentação socialmente orientada para a construção total da personalidade — e o volume das possibilidades de compensação entre as esferas específicas da personalidade se discutem agora, tanto que não podemos remeter a concepções globais reconhecidas. Por essa razão, nos contentaremos no que segue com os conceitos grossos de personalidade e “representação de si mesmo” e pressupondo que baixo esses conceitos se entende uma estrutura altamente complexa e diferenciada de processamento de vivências — estrutura que, em um determinado momento, não pode apresentar como sendo em sua totalidade consciente nem sendo, em sua totalidade” (TRADUÇÃO NOSSA)

sistemas sociais e unificar suas exigências desequilibradas, para tanto deve o comportamento humano manter uma linha pessoal de continuidade convertendo-a em representação social para ter aprovação.”²⁰

A representação social não segue um modelo, embora seja pessoal porque está intrinsecamente relacionada à constelação individual de cada um, dado que cada um tem sua história de vida, sua aparência física, sua formação, seus êxitos, sua inteligência, suas relações e sua independência interior. Assim, os seres humanos têm o direito de ser respeitados em suas ações na medida em que elas colocam em evidência a congruência pessoal interna de cada indivíduo²¹.

Para Luhmann, a ordem social não é inimiga da personalidade, contudo, o contrário não é certo. As *sociedades diferenciadas*²² apoiam-se nas personalidades como ponto fixo de suas exigências sociais, portanto, se investe nos indivíduos. Persegue-se um caminho de uma representação mais consciente do indivíduo, uma *generalização da representação* em detrimento da ideia de homem-massa.

Para solucionar a questão da *generalização da representação*, deve o Estado concentrar esforço para a garantia da liberdade. O Estado é pré-condição da liberdade, da mesma forma que o Direito também o é. A liberdade “se torna racionalmente regulável como forma de programa-de-decisão”, onde o Estado, ao mesmo tempo que é pré-condição da liberdade, é também um potencial agressor da liberdade.

Dessa forma, o Estado, ao regular a liberdade, toma uma decisão e, na qualidade de potencial agressor, volta a decidir sobre a liberdade; o que no aspecto pessoal pode ser uma perda ou um ganho em relação à liberdade.

Tanto a liberdade como a dignidade são as “condições fundamentais de êxito da representação fundamental de si mesmo de um ser humano como personalidade individual.”²³ O ser humano é um indivíduo, sendo um sistema orgânico, porém, somente adquire individualidade consistente ao representar a si mesmo, quando interage socialmente.

A interação só é possível quando se cumprem as exigências dos contatos comunicativos. São as necessidades e condições da interação que individualizam e socializam o ser humano. A individualidade do ser humano, enquanto personalidade,²⁴ só é possível em sociedade, quando “a representação de si mesmo se aceita seja mediante o consenso ou o dissenso”. A liberdade e a dignidade são as condições da existência humana.

O plano da liberdade, na Teoria de Luhmann, não está relacionado às realizações, mas às representações simbólicas, ou seja, no plano das comunicações. Luhmann define a liberdade como “aspecto simbólico do atuar” que não se confunde com o valor, porque ela é pressuposto para a eleição do valor. Explica o autor:

[...] que liberdade é liberdade de ação, mas não outorgada pela arbitrariedade da execução física da ação ou por seus efeitos físicos, mas como fundamento de atribuição para o sentido comunicativamente apreensível do atuar.²⁵

Para entender o plano da liberdade, deve-se relacioná-lo como uma implicação simbólica do atuar, que não se esgota em um instante, não estando percebido na atuação de quem atua nem de outros seres humanos, porque é pela generalização que se assegura o complemento da atuação dos papéis humanos. Quando desenvolve um papel, o ser humano não o faz para si, mas para dar visibilidade.

A “representação de si” tem como pressuposto a liberdade frente à coação e às expectativas sociais rí-

20 LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*. México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 139.

21 LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*. México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 141.

22 Sociedades complexas no sentido perseguido pela teoria dos sistemas sociais.

23 LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*. México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 148.

24 A identidade pessoal definida nos jogos de papéis no contato com a sociedade não se confunde com o papel desenvolvido de forma circunstancial. Não se perde a identidade quando se atua de forma equivocada. LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*. México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 150.

25 LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*. México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 169.

gidas, mas não escapa da determinação. A liberdade é levada ao plano da comunicação social.²⁶ De acordo com Luhmann, a “representação de si mesmo é o processo mediante o qual cada ser humano se torna pessoa ao comunicar-se com outros e, com isto, se constitui em sua humanidade.”²⁷

As “representações de si mesmo” podem ser atacadas pelo próprio ser humano ou por ameaças externas, pois sempre há mais informações disponíveis do que a capacidade de o ser humano assimilá-las. Cada comunicação do ser humano coloca em risco a sua dignidade e, para se defender, o ser humano oculta muito de si.

Nas sociedades civilizadas, as autorrepresentações são artificiais, não existindo modo de conservação sem uma disciplina social, logo, há limitação de percepção e comunicação, para proteger aquilo que se denomina de intimidade, não podendo exigir-se informações que coloquem em descrédito a representação pública de si. Assim, a ordem jurídica demarca o espaço de o próprio atuar, nesse espaço não deve haver intromissões.

A ordem social está preocupada com a manutenção da dignidade, portanto, institucionalizam-se a dignidade e a liberdade, uma vez que estas são condicionantes mútuos, porque são necessárias à *representação de si mesmo* no processo de comunicação.

Para Luhmann, a dignidade se refere às questões e condições da representação em si, relacionadas ao interno; enquanto a liberdade está relacionada ao externo e, desse modo, ambas são inter-relacionadas.

A liberdade de desenvolvimento da personalidade, por exemplo, se refere à representação do ser humano como personalidade e unidade individual autoconsciente. Isto é, um simbolismo autorreferido que inclui o direito à movimentação do próprio corpo.

É um direito de *representação de si mesmo* que se realiza pela expressão do próprio corpo, incluindo outras liberdades, como a de culto, opinião, a de possuir propriedade e participação política, porque elas garantem a expressão da personalidade, protegendo “os componentes simbólico-expressivos do atuar livre”.²⁸ O direito de liberdade é a possibilidade das comunicações intencionais, ou não, para que se tenha um autoconceito de si mesmo e o reconhecimento e a confirmação social.

No campo do Direito, pode-se dizer que a liberdade — como invariante do humano e, portanto, indispensável para sociabilidade — é indissociável do Direito, pois este é núcleo básico da sociabilidade, sendo que a liberdade também é resultado do Direito.

Ao mesmo tempo, a individualidade do ser humano é referida a partir da representação de si mesmo, que só é possível no campo das interações sociais e das comunicações, em que a liberdade é pressuposto para a eleição das eleições e para a construção e o reconhecimento da *representação em si (dignidade humana)*.

Nesse ponto, o Direito estabelece um sistema normativo de proteção dessas *representações em si* e das conexões com a sociedade para a própria conservação do ser humano, da sociedade e da humanidade, e do próprio sistema do Direito. O Marco Civil inicia a caminhada para a proteção das “representações em si” na Internet.

5. POSSIBILIDADES OU IMPOSSIBILIDADES DA “NOVA CONSTITUIÇÃO NA INTERNET”

A desterritorialização e virtualidade na Internet colocam a figura do Estado em aparente desconforto em face da dificuldade de controlar esses fenômenos. O “controle estatal sobre o espaço e o tempo fica

26 Liberdade já não pode significar, atualmente, liberdade frente a toda causa da ação que pode descobrir-se cientificamente, porque então haveria liberdade alguma, mas unicamente: liberdade com respeito a causas exteriores socialmente manifestas, já que só estas são as que delimitam a atribuição pessoal da ação e obstaculizam, com isto, a representação de si mesmo da pessoa e a constituição social da personalidade individual.

27 LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*. México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 158.

28 LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*. México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 170.

superado cada vez mais pelos fluxos globais de capitais de bens, serviços, tecnologia, comunicação e poder”.

De forma mais radical, há quem defenda uma nova soberania do “ciberespaço”, sem prejuízo das soberanias estatais²⁹. A questão da fronteira para a regulamentação da *internet* também traz complicadores em razão da aplicação da lei, como a competência territorial de foro, alcance das decisões judiciais.

Tais situações podem ser exemplificadas em alguns casos que ocorreram. O primeiro aconteceu na França, no início do século XXI. A empresa *Yahoo*, americana, abriu uma sucursal na França e dentro de um *site* possibilitou que usuários pudessem colocar material e vender.

Logo foi incluído no site material de cunho nazista sendo a legislação francesa proibitiva sobre esse aspecto, a *Yahoo* foi condenada pelo Tribunal francês a retirar o material. A empresa recorreu ao Tribunal americano e dado que a Primeira Emenda não impõe esse tipo de limite à liberdade de expressão, proibindo a interferência estatal, o Tribunal deu razão ao grupo. A decisão foi revista em 2006 por uma Corte de Apelações americana. Entretanto, a *Yahoo* retirou o material por razão de questões de mercado, especialistas consideravam arriscada a manutenção no *site* que atraía polêmicas³⁰.

Em 1996, o médico particular do presidente da França, François Mitterrand, publicou um livro que colocava questões relacionadas à morte do presidente. Na França, a Justiça considerou a publicação violadora da intimidade, determinando a suspensão e a apreensão da obra. Mas, a obra foi traduzida em inglês por ativistas da liberdade de expressão e a difusão da mesma saiu do controle das autoridades francesas³¹.

Esses casos referem-se ao início da popularização da Internet, mas demonstram que há controvérsias cujas respostas se tornam difíceis, se depender apenas da soberania de um Estado-Nação. Porém, os Estados estão “a reconhecer que as leis nacionais estão circunscritas nas fronteiras nacionais e recorrem cada vez mais a legislações extraterritoriais”³².

Para os que defendem que o Direito do Ciberespaço não pode ser confundido com o Direito estatal e com o Direito internacional, apontando a decadência dos marcos legais de caráter territorial, surge a hipótese de uma Constituição do Ciberespaço e uma Declaração de Direitos do Ciberespaço.

Para tanto, seriam necessários entes que organizassem o ciberespaço e se articulassem, por meio de uma Constituição, aprovada por referendo por todos os cidadãos do mundo, por voto digital. A Constituição deveria atuar no marco das Nações Unidas, buscando reconhecimento por meio de Tratados Internacionais.³³

No Brasil, o Marco Civil da Internet foi festejado por muitos como “a nova constituição da Internet³⁴”, “Carta de Direitos³⁵” dos internautas, pois o marco assegura direitos e liberdades dos usuários, protegendo basicamente a liberdade de expressão, a privacidade, a proteção dos dados e a cidadania e participação no mundo digital.

29 LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*, Madrid. 2001. p. 347.

30 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *Lo público y lo privado en Internet*. Intimidad y libertad de expresión en la Red, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 143.

31 MALSON, Lucien. *Les enfants Sauvages*. Paris: 10/18, 1964. p. 143.

32 GEIST, Michael. «Cyberlaw 2.0». *Boston College Law Review*, n. 44, p. 323-332, 2003. Para un argumento relacionado, véase FAGIN, Matthew. «Regulating Speech Across Borders: Technology vs. Values». *Michigan Telecommunications Technology Law Review*, n. 9, p. 395, 2003.

33 LLINÁS, Emilio Sune. *Teoría Estructuralista del Derecho*. Madrid: Universidad Complutense Madrid, 2006. p. 226.

34 “O secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, Gabriel Sampaio, considera o Marco Civil uma verdadeira Constituição da internet no Brasil. “É uma legislação fundamental porque promove direitos e garantias dos usuários da Internet, estabelece os princípios e as diretrizes para a construção de uma internet democrática e que incentive a inovação e a privacidade dos seus usuários.” <http://www2.planalto.gov.br/noticias/2015/04/neutralidade-liberdade-de-expressao-e-privacidade-conhecimentos-pilares-do-marco-civil>

35 <http://www.idec.org.br/em-acao/revista/falta-fruta-na-caixinha/materia/a-constituico-da-internet>. Acessado em: 28 fev. 2017.

6. O MARCO CIVIL: PARADIGMA PARA PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

A “aldeia global” lançada, no final das décadas do século passado, pelo teórico McLuhan, tornou-se uma realidade concreta e visível na Internet. Ao discorrer sobre a ideia de aldeia global, McLuhan considera três etapas, a tribalização que seria uma etapa primitiva; a destribalização – ocorrida pela fase de linearidade da tipologia e, por último, a retribalização, consequência direta dos avanços tecnológicos.

A internet traz um novo paradigma³⁶ e produziu uma espécie de retribalização. No espaço da rede, todos os conectados estão ao alcance um dos outros, independentemente de distâncias, surgindo, para o autor, “a cultura eletrônica que [...] coloca-nos frente a frente com uma situação na qual sociedades inteiras se entre comunicam por uma espécie de ‘gesticulação macroscópica’ que não é, em absoluto, linguagem no sentido corrente³⁷.”

Essa aldeia global digital é constituída por povos de diversas culturas, tradições, costumes, identidades, histórias, sistemas e ordenamentos jurídicos. Mas, longe de ser uma comunidade abstrata, a aldeia global é uma comunidade real, em que as relações humanas e as comunicações ocorrem gerando inúmeras e impensáveis possibilidades.

Na aldeia global, as inúmeras comunicações possíveis criam hábitos, culturas. O Direito, enquanto técnica social existente desde as sociedades tribais com fórmulas muitas vezes de caráter retributivo³⁸, se faz presente na aldeia global, criando norma, marcando fronteiras, novos direitos humanos que visam a proteção da dignidade humana.

No início da Internet, a expectativa inicial girava em torno da necessidade ou não de regulamentar a rede, impor limites, marcos. Tais limites poderiam obstaculizar à liberdade de expressão e o fluxo de informações na internet. Para solucionar a ausência de regulamentação estatal, foram criadas iniciativas privadas, como a utilização do protocolo TCP/IP e os Comitês Gestores da Internet.

A ausência de marco imposto pelo Direito gerava, ao mesmo tempo, a imposição de critérios tecnológicos orientados por diversos interesses que poderiam prejudicar a própria liberdade de expressão e as demais liberdades, sendo necessária a adoção de normas impostas, como a neutralidade da rede, para a manutenção do próprio fluxo de comunicação ocorrida no ambiente.

Ao mesmo tempo, as normas jurídicas estabelecidas pelos poderes constituídos para as relações sociais territorializadas se tornaram ineficazes para manter as expectativas das relações acontecidas na rede, que longe de ser um ambiente paralelo, é parte da vida daqueles que a ela estão conectados.

As problemáticas ocorridas nesse ambiente, como a violação de dados, privacidade e as tentativas de limitação da liberdade de expressão recebiam críticas e tentativas de solução alicerçadas na ideia de direitos civis do *indivíduo* da sociedade liberal, ignorando totalmente a dimensão coletiva da sociedade de redes³⁹.

O ambiente da internet trouxe inúmeros desafios como a preservação da liberdade de expressão, a proteção da personalidade, a dificuldade de armazenamento de dados privados disponíveis na web, como fotos, textos, vídeos, a regulação das relações comerciais, a proteção dos direitos autorais, o anonimato para causar danos ou prejuízos a outros, as inúmeras fraudes para obtenção de vantagem, os danos causados pelos vírus, furto de dados mediante fraude.

36 A noção de paradigma no campo da epistemologia foi introduzida por Thomas Kuhn (1922-1996). Em princípio a noção foi aplicada às ciências puras e consiste no conjunto de conhecimentos, práticas científicas, critérios, padrões aceitáveis, enunciados e concepções sobre um determinado ramo do saber.

37 MCLUHAN, M. *Guerra e paz na aldeia global*. Rio de Janeiro: Global, 1971. p.35-37

38 HANS, Kelsen. *O que é Justiça?* São Paulo: M. Fontes, 2001. p. 225 ss.

39 LADEUR, Karl-Heinz. Novos Institutos Para A Proteção Da Privacidade E Dignidade Pessoal Na Comunicação Pela Internet - “Corretor De Informações”, “Cortes Privadas Cibernéticas” E Redes De Contratos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, 2013.

O Marco Civil da Internet brasileiro realiza uma regulamentação de uma vida *on-line* conectada com o mundo *off-line*. O *on-line* e o *off line* não podem ter dimensões paralelas, ambos fazem parte de uma sociedade onde o humano se faz presente, a preservação dessa sociedade passa pela proteção da dignidade humana e, por consequência, pelo respeito à liberdade de expressão, a proteção à privacidade, aos dados e a uma cidadania ativa no espaço virtual.

Questões como o anonimato continuam a causar debates no mundo *off-line* e *on-line* sendo um ponto crucial para as relações ocorridas na Internet. Em várias sociedades democráticas, a liberdade de expressão exclui a possibilidade do anonimato. Essa normativa está inclusive prevista na Constituição brasileira que proíbe de forma taxativa a possibilidade de anonimato (artigo 5º, IV). A proibição do anonimato está associada a um regime jurídico que estabelece a responsabilidade para o exercício das liberdades, dentre elas, a de expressão.

Mas, na rede, a ausência de normas claras no mundo *on-line* sobre a proibição do anonimato estimula cada vez mais o anonimato, estimulado também que uma pessoa se passe por outra pessoa, quebrando assim, qualquer expectativa de confiança nas relações sociais.

Nesse quesito relacionado às fraudes, ao uso de perfil falso (*fake*), por exemplo, o Marco Civil passou longe, e até mesmo a legislação brasileira que trata dos aspectos penais, a chamada lei “Carolina Dieckmann (12.737/2012) não tratou de questões como o estelionato digital, que acontece com o uso não autorizado de dados financeiros na Internet e que está sendo capitulado como furto mediante fraude.

Os falsos perfis (*fakes*) atingem a todos, além de suas vítimas habituais, como celebridades, políticos, autoridades. Mas os *fakes* espalham nas redes verdadeiras ondas de boatarias, calúnias, difamações cujos danos são ilimitáveis. Em períodos eleitorais, os *fakes* têm sido usados de forma ostensiva para disseminar inverdades sobre candidaturas e partidos-políticos.

O tema traz embates, mas o estado da Califórnia, por exemplo, considera o prejuízo da falsa identidade digital relevante, apenando com multa de 1000 dólares e pena de prisão de até 1 ano o proprietário do perfil falso.

Uma das funções do Direito é assegurar a expectativa para as decepções previsíveis, utilizando mecanismos que permitem tornar mais provável o cumprimento da expectativa, como a possibilidade de e sancionar um comportamento desviante.

As expectativas não são um prognóstico de um comportamento, mas as coordenações dos comportamentos dependem de que os seres humanos se comportem de acordo com elas ou como indica, por exemplo, o Direito. É necessário o respeito, por exemplo, às normas de trânsito ou a expectativa de que se alguém vai ao restaurante pague a conta.

O Direito pode tanto limitar um comportamento como abrir as possibilidades para comportamento que sem a possibilidade jurídica seria impossível existir, por exemplo, ao criar o direito de propriedade, segundo Luhmann, se criam várias possibilidades de comportamentos. Nem sempre o Direito consegue garantir um determinado comportamento, mas a norma diminui o erro do cálculo sob a expectativa.

A necessidade de impor marcos e limites na aldeia global se tornou uma realidade intransponível recheada de problemas, como a coexistência de várias ordens jurídicas que podem ser contraditórias entre si e a formação normativas de redes que pode estar associada às relações verticais e à construção de assimetrias internas.⁴⁰ Mas o Direito a partir da positivação possui mecanismos de controles que precisam ser aperfeiçoados para manter a conservação da sociedade humana. Sem a preservação da liberdade de expressão e da privacidade, a conservação da sociedade humana está em risco.

Nesse contexto, os textos jurídicos que protegem a atividade de comunicar só podem ter efetividade plena se houver liberdade de expressão. Em outras palavras, a comunicação como direito humano só será

40 TEUBNER, Gunther. *Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 283.

realmente efetivada se a liberdade de expressão for real. Do ponto de vista da sociedade, garantir uma plena liberdade de comunicação é crucial para o desenvolvimento humano em todas as dimensões. A proteção do Direito de forma positivada à liberdade de expressão constitui a proteção da existência humana e de forma mais profunda de sua existência. Em uma só ideia, a proteção da liberdade de expressão e da privacidade, por si só, constituem importantes aportes para a proteção da dignidade humana.

Os direitos fundamentais surgem para criar e manter as condições que asseguram a liberdade e a dignidade humana.⁴¹ Se a cidadania é a força viva da democracia e, sendo dela que emergem os direitos,⁴² a liberdade só é possível quando se decide por si só, sobre assuntos próprios, colaborando, de forma responsável, na vida em comunidade.⁴³ Assim, indivíduo ou grupo devem ter a possibilidade de afirmar sua vontade, criando-a livremente, sendo ator de seu ambiente.⁴⁴

A liberdade e a dignidade da pessoa humana estão inter-relacionadas com a comunicação, não existindo sem ela, e ao mesmo tempo, são indispensáveis para que a interação ocorra no âmbito social. Nas palavras de José María Desantes:

Em qualquer caso, sem embargo, a comunicação é um direito fundamental e fundamentante, efeito e causa da comunidade. A comunidade, por elementar que se conceba, necessita da comunicação. Mas a comunidade, em geral ou tomada em sentido universal, não é concebível sem um mínimo de comunicação entre seus membros. O progresso do sentido comunitário, que vai da comunidade de convivência à comunidade de cooperação, queda estancado enquanto se coíbe, de qualquer modo que seja, a comunicação⁴⁵.

O Marco Civil brasileiro reafirma a liberdade de expressão, o que gera mais comunicação e possibilidades, e impõe limites às relações desenvolvidas no ambiente da Internet, determinado ainda, em seu artigo 4º, que a disciplina do uso de da internet deve promover o direito ao acesso à internet a todos, o acesso à informação, ao conhecimento, e a participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos.

A internet cria uma aldeia global, um mundo *on-line* conectado ao *off-line*, Marco Civil ao ser estabelecido tem como tarefa proteger a dignidade humana e a participação de todos nessa plataforma, sendo a novel legislação o primeiro passo para que haja políticas públicas que garantam as promessas ali lançadas.

7. O MARCO CIVIL DA INTERNET E PROTEÇÃO A DIGNIDADE HUMANA

A Constituição brasileira determina, em seu artigo 1º, que são fundamentos da República, a soberania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político.

A intitulada “Carta de Direitos” dos internautas, Lei 12.965/2013, estabelece os princípios, as garantias, os direitos e os deveres para o uso da Internet e estabelecem direitos importantes para a proteção da dignidade humana. Vários princípios adotados na legislação constam nas diretrizes para a regulação do setor, recomendados pela Organização dos Estados Americanos (OEA).

A lei, em seu artigo 2º, determina que o uso da internet tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, o reconhecimento da escala mundial da rede, os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade, o exercício da cidadania em meios digitais, a pluralidade e diversidade, a abertura e a colaboração;

41 “Isso só se consegue quando a liberdade da vida em sociedade resulta garantida em igual medida que a liberdade individual”. HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*. BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen et al. 2. ed. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 89.

42 Para Hannah Arendt, a cidadania consiste no “direito a ter direitos”.

43 *Ibid.*, p. 90.

44 GUSSE, Isabelle. *Diversité et indépendance des médias*. Canad: Université de Montréal, 2006, p. 19-20.

45 DESANTES, José Maria. *La información como Derecho*. Madrid: Nacional, 1978. p. 370.

a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e a finalidade social da rede.⁴⁶

O artigo 3º estabelece como princípios⁴⁷ para a disciplina do uso da internet, a garantia da liberdade de expressão; a comunicação e a manifestação de pensamento, de acordo com a constituição; a proteção da privacidade, dos dados, na forma da lei; a preservação e garantia da neutralidade; preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; preservação da natureza participativa da rede; a liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não afrontem os demais princípios da lei.

Os dois artigos citados demonstram que o Marco Civil pretende ser uma carta de direitos, uma constituição para a Internet. Assim, os direitos declarados na Constituição brasileira garantidores da dignidade humana são reafirmados, como a liberdade de expressão, a personalidade e por consequência a proteção à intimidade e privacidade, a livre iniciativa, a defesa do consumidor, o exercício da cidadania e a orientação na finalidade social do objeto regulamentado.

7.1. Privacidade e Intimidade

Dentre as proteções à dignidade humana trazidas pelo Marco Civil, destacam-se as proteções à privacidade e à intimidade. Os artigos 7º e 8º dispõem sobre os direitos e garantias dos usuários, garantindo a inviolabilidade da intimidade e da vida privada e a indenização material e moral no caso de violação, inviolabilidade e sigilo das comunicações pela internet, bem como no armazenamento destas, salvo por ordem judicial.

Os dispositivos protegem direitos relativos à personalidade, que guardam relação direta com a dignidade da pessoa humana, equilibrando, desse modo, a liberdade no âmbito comunicacional, com a dignidade da pessoa (representação de si), que consiste em uma liberdade interior.

As duas proteções (liberdade de comunicação e dignidade) são necessárias para a liberdade em sentido amplo e para a sociabilidade, mantendo, desse modo, o texto constitucional uma harmonia, embora exista um conflito aparente, vislumbrado no dia a dia no caso concreto.

A privacidade e a intimidade podem ser consideradas termos similares e a distinção no âmbito do Direito pode não fazer muita diferenciação para fins de proteção. Por isso, parte da doutrina jurídica não faz a distinção. É comum as obras de outros países tratarem apenas de intimidade ou privacidade para discutir o assunto. No Brasil, boa parte da doutrina faz a distinção, mesmo porque a própria Constituição brasileira, em seu inciso X, artigo 5º, fala em intimidade e vida privada.

A violação da privacidade e da intimidade não é algo inerente ao novo sistema tecnológico no qual a *Internet* está inserida. Mas a tecnologia permite que haja um maior controle das condutas humanas, colocando a privacidade e a intimidade em risco permanente de violação. No ambiente digital, é mais facilmente violado o sigilo de correspondência, comunicações, bancário e fiscal, além de ausência de proteção de dados pessoais e vulnerabilidade da imagem, da honra e do direito de ser deixado em paz⁴⁸, ou direito ao esquecimento⁴⁹.

46 “As tecnologias da informação e comunicação (TICs) são cruciais para o desenvolvimento político, econômico, social e cultural, e são um elemento essencial para a redução da pobreza, a criação de emprego, a proteção ambiental e a prevenção e mitigação de catástrofes naturais”. OEA. Assembleia Geral. Utilização das telecomunicações / tecnologias da informação e das comunicações para a criação de uma sociedade da informação integradora. AG/RES. 2702 (XLIH-O/12). Acesso em 26/07/2015.

47 Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio, relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

48 *Right to be alone*. O “direito a ser deixado em paz” foi mencionado a primeira vez em um artigo publicado na *Harvard Law Review* 4-193, em 1890, de autoria de Samuel Warren e Louis Brandeis, com o título “The Right to Privacy.”

49 Direito civil constitucional. Liberdade de imprensa vs. Direitos da personalidade. Litúgio de solução transversal. Competência do superior tribunal de justiça. Documentário exibido em rede nacional. Linha direta-justiça. Sequência de homicídios conhecida como chacina da candelária. Reportagem que reacende o tema treze anos depois do fato. Veiculação inconstitucional de nome e imagem de indiciado nos crimes. Absolvição posterior por negativa de autoria. Direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram

A proteção que se faz necessária é realizada com base em leis que limitem o poder de particulares ou dos entes estatais de invadir um espaço individual que deve ser protegido⁵⁰ De forma tradicional, se coloca que, quando estamos em espaços públicos, nossa privacidade evapora⁵¹, porque, ao estarmos em público e nos mostrarmos em público, renunciamos ao direito de controlar aquilo que os demais não devem saber. Com as novas ferramentas tecnológicas, seja na *Internet* ou nos espaços físicos, as condutas passam a ser registradas com mais facilidade e os registros divulgados rapidamente.

Ao realizar o acesso à *Internet*, o usuário passa a manter-se em constante possibilidade de violação. É possível que sites depositem cookies nos computadores dos usuários e, ao compilar dados, mesmo que sejam autorizados pelos usuários, possam compartilhar com outros os dados. A principal empresa de busca da *Internet*, a *Google*, faz associações das buscas dos usuários a contas de *e-mails* destes, registrando sempre as buscas.

A partir das buscas pela rede recebe-se uma montanha de publicidade relacionada aos termos utilizados, sendo as buscas vinculadas à publicidade, para que se direcione melhor o produto em venda.

A Agência de Segurança Nacional – NSA americana controla mais de 650 milhões de conversas, por telefone, ao dia, de forma totalmente automática. O sistema registra a comunicação em tempo real. Os correios eletrônicos (*e-mails*) registram todas as mensagens dos usuários, sem o mínimo de controle pelos mesmos⁵². No mesmo momento em que o Estado pode ameaçar a intimidade e a privacidade das pessoas; as entidades privadas reúnem dados para tornar o comércio mais eficaz, copilando dados para manipulação dos desejos.⁵³

Lawrence Lessig considera que a própria arquitetura/código poderia ser utilizada para a proteção da privacidade e da intimidade, citando como um modelo possível a PET, acrônimo de Privacy Enhancing Technologies, onde o usuário tem maior controle de seus dados⁵⁴

O Marco Civil optou por cláusulas abertas que prejudicam, de alguma forma, a normatividade instantânea da mesma, uma vez que há necessidade de interpretação mais elaborada para sua aplicação. Entretanto, a lei protege e dificulta em vários momentos a violação da intimidade e da vida privada, colocando, como regra, o Judiciário como órgão que pode violar o sigilo das comunicações.

Assim, a disponibilização de dados e registros de concessão, bem como dados pessoais, guardados pelo provedor pode ser realizada mediante ordem judicial. Da mesma forma os conteúdos das comunicações privadas podem ser requisitados mediante ordem judicial (art. 10).

O parágrafo único excepciona a regra, determinando que sejam informados a qualificação pessoal, a filiação e o endereço, para as autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

Ainda, o artigo 7º proíbe o fornecimento para terceiros de dados pessoais, registros de conexão e de acesso, podendo o usuário permitir tais situações em caso de livre consentimento, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei.

A coleta e armazenamento de dados somente podem ser realizados quando justificado, permitida por lei e especificadas para o usuário, devendo haver o consentimento expresso sobre a coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais. O usuário poderá solicitar a exclusão definitiva de seus dados pessoais ao término da relação jurídica que originou a coleta das informações.

pena e dos absolvidos. Acolhimento. Decorrência da proteção legal e constitucional da dignidade da pessoa humana e das limitações positivadas à atividade informativa. Presunção legal e constitucional de ressocialização da pessoa. Ponderação de valores. Precedentes de direito comparado. (STJ REsp 1334097 / RJ RECURSO ESPECIAL. 28/05/2013).

50 LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001. p. 326.

51 LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001. p. 326.

52 LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001. p. 334.

53 LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001. p. 354.

54 LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001.p 344.

O parágrafo único, do artigo 8º, determina que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem a privacidade e a liberdade de expressão e que viole o sigilo das comunicações.

O artigo 14 proíbe, expressamente, que, na provisão de conexão, haja guarda dos registros de acesso a aplicações de Internet, devendo o provedor de aplicações de Internet manter os respectivos registros de acesso a aplicações de Internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses.

O Marco Civil brasileiro mantém uma intransigente proteção à intimidade e à privacidade, nos moldes previstos na Constituição (são invioláveis a vida privada e a intimidade), salvaguardando um conjunto de providências para a defesa de tais direitos. Entretanto, falta a lei anunciada no artigo 3º, inciso III do marco civil, o que deixa sem efetividade a proteção de dados pessoais.

Mas o Marco Civil coloca o usuário em relação de completa passividade, dependendo das prestadoras de serviço e do Estado para resguardar os referidos direitos. O usuário, após aparecerem na tela textos escritos, consente ou não consente o uso de seus dados e a invasão de sua privacidade, por meio de uma simples adesão (clikando em sim ou não).

Nesse ambiente, o usuário não tem a mínima chance de controlar seus dados e as barreiras para guardar seus segredos, continuando refém das grandes empresas, sem que tenha acesso a nenhuma política de transparência, em relação aos manuseios de seus dados coletados.

A proteção dos direitos à privacidade e à intimidade pode alcançar um modelo em que os detentores de tais direitos possam ter uma projeção mais ativa. É o que propõe Lawrence Lessig; a proteção dos dados e informações se daria por meio do direito de propriedade⁵⁵.

Tal solução daria, segundo o autor, maior condição de controlar os seus dados, fornecendo ou não os seus segredos, mediante seu consentimento. As mesmas ferramentas utilizadas para a proteção da propriedade acabariam sendo utilizadas para a proteção de dados.

Cada indivíduo definiria a valoração de sua privacidade e intimidade, já que, para muitos, sua privacidade e intimidade possuem um valor elevado; enquanto outros não fazem questão de manter um alto nível de privacidade e intimidade. Tal sistema de propriedade daria aos indivíduos a liberdade de ter cada um o seu valor subjetivo e tal decisão em relação ao valor atribuído passaria a ser respaldado em lei⁵⁶.

7.2. Liberdade de Expressão

O inciso IX, do artigo 5º, da Constituição brasileira, estabelece a liberdade das atividades intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. O dispositivo veda qualquer tipo de censura prévia, sendo que proíbe qualquer exigência de licença.⁵⁷ A licença deve aqui ser compreendida em sentido amplo, ou seja, não se faz necessário pedir permissão para quem quer que seja.

O *caput* do artigo 220⁵⁸ esculpe a expressão máxima do direito à liberdade de expressão na Constituição; inserido no título pertinente à ordem social e no capítulo constitucional que regula a comunicação social, o referido artigo estabelece que é livre a circulação de ideias, expressão, informação e criação dentro da esfera de sociabilidade e que sob nenhum processo ou veículo sofrerão qualquer restrição.

O artigo 220 determina a livre circulação da expressão, dentre outros, sendo que nenhuma instituição

55 LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001. p. 311.

56 LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001.

57 “Licença: 1. Permissão, autorização; poder de fazer sua vontade. 2. Quebra de regras e convenções sociais; licenciosidade, abuso”. Id, *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, 2009, p. 1176.

58 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.

— pública ou privada — pode obstaculizar a livre circulação do pensamento, expressão, informação, por meio de processo ou veículo, mesmo os próprios meios de comunicação podem restringir esse processo. Sem a livre circulação do pensamento, expressão, informação e criação, não há de se falar em liberdade de expressão, seja no sentido mais privado, seja na esfera pública. O inciso IX do artigo 5º da Constituição e o artigo 220, parágrafo segundo,⁵⁹ impedem qualquer censura prévia, seja ela de particular, da administração e do próprio Poder Judiciário.

Nesse aspecto, parece que a norma vincula todos., sendo que o Poder Judiciário, embora não possa proceder com a censura prévia, pode, nos termos postos na Constituição, conceder o direito de resposta e fixar indenizações proporcionais ao agravo, sem prejuízo das responsabilidades na esfera penal.

A Constituição brasileira primou pelo princípio da liberdade e posterior responsabilização, o que denota a aproximação com o princípio que orienta as liberdades aqui referidas no direito francês (Artigo 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789). Isto quer dizer, primeiramente, que se garante a liberdade de comunicação e depois se responsabilizam os excessos.⁶⁰

A mesma orientação expressa tem o artigo 13 do Pacto São José da Costa Rica, que foi ratificado e promulgado pelo decreto 678/93, integrando o ordenamento jurídico pátrio, nos termos do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição,⁶¹ que não admite censura prévia, mas apenas responsabilidades ulteriores previstas em lei.⁶²

A liberdade de expressão, que é a própria expressão do indivíduo, de grupos e da sociedade e, portanto, fundante de qualquer “representação de si”, foi reafirmada pelo Marco Civil passado como ser o fundamento da disciplina do uso da internet no Brasil (art. 2º), de forma que a ninguém é permitido a censura ou retirada de conteúdo, ressalvada a previsão do artigo 19 (responsabilidade por danos decorrentes de terceiros).

Mas, ainda grandes empresas de comunicação, como é o caso do Facebook, podem controlar os conteúdos, censurando aquilo que considera censurável. Recentemente, o jornal britânico *The Guardian* divulgou manuais com slides e fluxogramas de treinamento do Facebook para imposição de censura a materiais que a empresa considera que não devam ser publicados, por considerar estímulos a práticas violentas. A empresa filtra conteúdos ligados à violência, nudez, proteção da infância, dentre outros. Os critérios são adotados a partir de política interna de uma empresa privada que controla fluxos de comunicação de cerca de 2 bilhões de usuários.

7.3. Responsabilidade de danos decorrentes de terceiros

O Brasil, como a maioria dos países, protege o direito à privacidade e intimidade mediante o sistema de reponsabilidade civil. Tal sistema está fixado e delimitado na Constituição que, em seu artigo 5º, inciso X, e determina que, em caso de violação da privacidade e intimidade, caberá indenização pelo dano moral e material sofrido. Não é o caso de estabelecer e discutir os parâmetros de indenização de danos morais e

59 § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

60 A liberdade de expressão é um direito fundamental, sujeito exclusivamente às limitações indicadas, entre as quais não se inclui o respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, que são valores individuais, tidos como invioláveis pela Constituição (art. 5º, XII). Mas se, eventualmente, o exercício da liberdade de expressão cultural violar qualquer daqueles valores a solução não é a restrição ou proibição da obra ou atividade cultural, mas aquela que o próprio dispositivo constitucional prevê: “a indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação”. SILVA, José Afonso. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 70.

61 De acordo com o artigo 5º, § 2º da Constituição: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

62 O entendimento do STF, quando do julgado dos Recursos especiais, 446.343 e 349.703 é que os tratados internacionais sobre direitos humanos, que não possuem o quórum de aprovação previsto no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição, possuem status supralegal.

danos materiais, sendo apenas destacada a adoção de tal critério pela Constituição.

O critério consiste em outorgar ao Estado a competência de fixar o preço quando haja violação ao bem protegido. O preço por ser fixado pelo Estado torna a proteção menos individual, podendo o valor atribuído ser menor ou maior que o ofendido pretenda⁶³.

O marco civil não inova e mantém os mesmos paradigmas da responsabilidade civil por violação à privacidade e à intimidade criadas pela Constituição e utilizadas de forma exaustiva pelos Tribunais brasileiros.

A inovação do marco em relação à responsabilidade ocorre no caso de conteúdos disponibilizados na *Internet*, quando gerados por terceiros. O artigo 18⁶⁴ estabelece que os provedores não serão responsabilizados civilmente⁶⁵ por conteúdos gerados por terceiros⁶⁶, respondendo por danos, se, após ordem judicial específica, não tomarem as providências necessárias, dentro do prazo, para remoção do conteúdo.⁶⁷

Uma das polêmicas em torno do dispositivo é a necessidade de ordem judicial para a retirada do conteúdo. A lei afastou “*notice and takedown*” que permitia que o conteúdo gerado por terceiros fosse retirado após simples notificação. Tal situação poderia gerar um sistema constante de censura, onde os provedores e as grandes empresas da *Internet* controlariam a retirada de conteúdo, após notificação extrajudicial.

De forma expressa, o marco civil, em seu artigo 19, explicita que o objetivo da norma é assegurar a liberdade de expressão e impedir a criação de censura. Tal censura seria realizada de forma privada, uma vez que os provedores se organizariam para manter um sistema de censura que removesse conteúdo, evitando um grande número de ações de caráter indenizatório.

Mas o que a lei cria é uma censura estatal, a ser realizada pelo Poder Judiciário, que determinará a retirada do conteúdo considerado infringente, podendo tal censura ocorrer de forma liminar, desde que considerada a prova inequívoca do fato e o interesse da coletividade, presentes também os requisitos processuais necessários à antecipação de tutela (verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação).

Apesar de manter o regime de responsabilidade civil e retirar a responsabilidade do provedor em caso de conteúdo não gerado por terceiro, evitando a censura do veículo onde se transmite o conteúdo, a lei traz à tona um assunto polêmico, a censura do Poder Judiciário, uma vez que permite ao juiz determinar a retirada do conteúdo.

O chamado “princípio” da responsabilidade posterior nos casos em que envolvem as liberdades de opinião, informação e comunicação, nasce com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, de 1789, que em seu artigo 11 proclama:

“A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cida-

63 LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001. p. 368.

64 § 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

65 Disposição importante para evitar que haja censura privada dos provedores, justificadas na possibilidade de responsabilidade civil em razão de conteúdo de terceiros.

66 De acordo com o artigo 21 da lei, o provedor é responsável subsidiariamente, quando, após notificação, não retirar conteúdo que viole a intimidade em decorrência de imagens, vídeos que contenha cenas de nudez ou de atos sexuais em caráter privado. “Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido”.

67 § 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet, relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

dão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

Em razão do preâmbulo da Constituição francesa de 1958, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, de 1789 integra a atual ordem constitucional francesa, garantindo as liberdades de opinião, informação e comunicação, ou seja, o princípio da liberdade plena com responsabilização posterior.

Neutralidade da Rede

As plataformas que originaram as chamadas redes sociais só alcançaram os patamares hoje conhecidos graças à neutralidade da rede, uma vez que os pacotes de dados podem circular na rede, sem nenhuma discriminação quanto à conteúdo, origem, destino ou serviço. O fluxo de comunicação, independente da grandeza dos endereços, obedecem apenas a ordem de chegada.

A questão neutralidade da rede começa a se tornar polêmica, quando grandes provedores projetaram criar uma fila “vip”, enquanto outros ficariam em uma fila paralela, aguardando a sua vez. O usuário poderia comprar lugar na fila, como vários pacotes, que iriam da busca de *e-mail* a disponibilização de vídeos.

O princípio da neutralidade foi adotado pelo marco civil brasileiro que determina “[o] tratamento dos dados e o tráfego de Internet não devem ser objeto de qualquer tipo de discriminação em função de fatores como dispositivos, conteúdo, autor, origem e/ou destino do material, serviço ou aplicação.”⁶⁸ Esse princípio é fundamental para garantir a pluralidade e diversidade⁶⁹ do fluxo informativo na rede, e deve ser orientado pela equidade.⁷⁰

A exemplo, o relatório especial para a liberdade de expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos adotou, como parâmetro da regulamentação da rede, a orientação das características originais da rede, quais sejam, espaço descentralizado, aberto e neutro.⁷¹

O artigo 9º determina que o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento deve tratar de modo isonômico qualquer pacote de serviço, independentemente do conteúdo, da origem, do destino, serviço ou terminal. O texto legal, em seu parágrafo 2º, excepciona a regra, autorizando a discriminação ou degradação do tráfego, nos termos de regulamento a ser realizado pela presidência da república.

A regulamentação da matéria ocorria por meio do Decreto 8.771/2016 estabeleceu os requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações que são tratamento de segurança de redes, com a restrição de spam e controle de ataques ao serviço e situações excepcionais de congestionamento de redes. Em relação à priorização de serviços de emergência, o decreto destaca as comunicações para informar situações de calamidades e as comunicações de serviços de emergência.

Quando incidir a discriminação ou degradação do tráfego de comunicação, em razão das previsões legais, o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento do pacote de dados não pode causar dano na forma do artigo 927⁷² do Código Civil, deve agir de forma proporcional, transparente e isonômica, informando

68 LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001. p. 11.

69 “O Estado não só deve minimizar as restrições à circulação da informação, mas também deve equilibrar, na maior medida possível, a participação das diferentes correntes no debate público, promovendo o pluralismo informativo. Como consequência, a equidade deve reger o fluxo informativo”. 32 Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 2 de maio de 2008. Série C, Nº 177. § 57; Corte IDH. *Caso Fontevecchia e D’Amico Vs. Argentina. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 29 de novembro de 2011. Série C, Nº 238. § 45.

70 O artigo 9º da lei determina que o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento deve tratar de modo isonômico qualquer pacote de serviço, independentemente do conteúdo, da origem, do destino, serviço ou terminal. O texto legal, em seu parágrafo 2º, excepciona a regra, autorizando a discriminação ou degradação do tráfego, nos termos de regulamento a ser realizado pela presidência da República.

71 BOTERO, Marino Catalina. *Liberdade de Expressão e Internet*. Disponível em: <<http://www.cidh.org/relatoria/>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

72 **Art. 927.** Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. **Parágrafo único.** Haverá

previamente os usuários, oferecendo serviços em condições comerciais não discriminatórias, não praticar condutas anticoncorrenciais.

7.4. Direitos autorais

Alvo de polêmicas que atravessam séculos⁷³, o direito autoral passa pelo crivo da realidade instaurada na rede, onde por meio de simples *download e upload*, canais como o *Youtube* podem ser facilmente violados. Afinal, como achar um usuário da rede que não praticou tais violações de forma deliberada ou não?

Um dos fatores que surgem para a proteção jurídica da propriedade da criação intelectual do autor é a sua subsistência, garantindo-lhe viver de suas obras e dedicar-se de forma profissional a esse tipo de trabalho.⁷⁴ Os direitos protegidos são de ordem moral⁷⁵, que corresponde a própria personalidade do autor e de ordem patrimonial⁷⁶.

A orientação de tais direitos deve estar ajustada aos ditames constitucionais, que estabelecem que a propriedade deve atender a função social (art. 5º, XXIII). Ainda há quem sustente que “o autor é fruto de seu meio e de seu tempo e, a obra resulta de tudo que lhe penetrou nos sentidos, contou, portanto, com a colaboração, direta ou indireta, da coletividade em seu processo criativo”⁷⁷.

Para Lawrence Lessig, os instrumentos legais de proteção aos direitos autorais se desvirtuaram de sua missão original, que era incentivar a criação. Hoje, tais instrumentos buscam, cada vez mais, fazer reserva de mercado. Lessig cita, como exemplo, a conhecida lei americana chamada “Lei de Proteção ao Mickey Mouse”, que prolongou por mais de 20 anos a proteção de direitos autorais nos EUA, porque Mickey Mouse cairia em domínio em 1998⁷⁸.

obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

73 “Desde Roma antiga já eram reconhecidos os direitos do autor sobre sua obra, contudo a estes eram atribuídas somente a glória e as honras que advinham do feito, de sorte que o direito à remuneração pertencia ao copista ou, sendo o autor escravo, ao seu senhor. Durante o Renascimento, o direito às publicações pertencia aos editores, os quais mantinham o monopólio sobre as obras. Os autores contentavam-se apenas com suas criações intelectuais. No ano de 1709, na Inglaterra, o direito autoral foi reconhecido formalmente, com o Copyright Act da Rainha Ana. Consta, porém, que a proteção das obras literárias já existia desde 1662, graças ao *Licensing Act*, que proibiu a impressão de qualquer livro que não fosse licenciado ou registrado devidamente. Na França, durante a Revolução Francesa de 1789, em meio às discussões dos direitos individuais, surge o *droit d’auteur*, que aprimorou o direito autoral, adicionando a este o conceito de direito moral. No Brasil, desde a primeira Constituição da República, de 1891, o direito autoral possui proteção constitucional. Atualmente, o diploma legal que regulamenta os direitos de autor e os que lhe são conexos é a lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998 e a lei 9.609, da mesma data, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, com a observância das garantias contidas na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, incisos XXVII, XXVIII e XXIX”. BLUM Renato M. S. Opice; ABRUSIO Juliana Canha. Direito Autoral Eletrônico. *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, ano 2, v. 1, n. 4, jul. 2002.

74 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral*. São Paulo: Saraiva. 2012. v. 4, Capítulo 52.

75 “Os direitos autorais morais são considerados espécie dos direitos da personalidade do autor. Como destaca a tecnologia dedicada ao tema, esses direitos são de tal modo intrínsecos à pessoa do criador da obra intelectual que ostentam as mesmas características e se sujeitam, de modo geral, ao mesmo regime jurídico dos da personalidade (por todos) (BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 52). Os direitos morais, assim, são essenciais, absolutos, vitalícios, extrapatrimoniais e indisponíveis. São essas as características dos direitos da personalidade que se encontram também nos morais do autor”. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral*. São Paulo: Saraiva. 2012. v. 4, Capítulo 52.

76 “Os patrimoniais têm as marcas da transmissibilidade, renunciabilidade, temporariedade, incomunicabilidade, prescribibilidade e a natureza de bem móvel. A característica comum: os dois gêneros de direitos autorais são absolutos, ou seja, oponíveis erga omnes. Detenho-me um pouco mais em cada característica. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral*. São Paulo: Saraiva. 2012. v. 4, Capítulo 53.

77 ABRÃO, E. Y. *Direitos do autor e direitos conexos*. São Paulo: Brasil, 2002. p. 66.

78 Advogado no caso na Suprema Corte, Lessig foi derrotado e a lei considerada constitucional. Depois da derrota, o advogado encampa um projeto que não restrinja o conhecimento, o Creative Commons (bens comuns criativos) que “disponibiliza ferramentas jurídicas para qualquer pessoa dizer ao mundo que sua obra possui apenas “alguns direitos reservados”. Quais são esses direitos? Cabe a cada um decidir. Essa é a grande virtude do projeto: ser voluntário e propiciar ao artista a decisão sobre quais os sobre quais os direitos quer conceder à sociedade. E os voluntários são muitos.” LESSIG LAWRENCE. *Cultura Livre*. São Paulo: Trama, 2005. p. 20.

Para o autor, se a proteção legal é a criação, por que estender o prazo de proteção para uma obra que já foi criada? De outro lado, várias outras obras tiveram a proteção ampliada, dificultando a preservação de obras sem valor comercial, já que os entraves para solicitar autorização de produção são muitos. Defensor de uma flexibilização dos direitos autorais, Lessig defende uma cultura livre, baseada na plataforma da Internet, rumo a uma sociedade criativa. Essa cultura, nas palavras de Lessig⁷⁹:

Apóia e protege criadores e inovadores. Faz isso diretamente, garantindo direitos de propriedade intelectual. Mas também faz isso indiretamente, limitando o alcance desses direitos, para garantir que os criadores e inovadores subsequentes permaneçam tão livres quanto possível do controle do passado. Uma cultura livre não é uma cultura sem propriedade, da mesma forma que um mercado livre não é um mercado onde tudo é grátis. O oposto de uma cultura livre é uma “cultura da permissão”, na qual os criadores só criam com permissão dos poderosos ou dos criadores do passado.

Embora o novo marco da internet não tenha regulado a questão de direitos autorais na rede mundial, o Direito, enquanto técnica social que é produto e produtor da cultura, deve orientar-se para os atuais paradigmas que emergem com as novas tecnologias da comunicação, garantindo a criação do autor e sua sobrevivência, e autorizando a criação continuada para que a produção cultural não esteja centralizada nas mãos de poucos em detrimento do pluralismo e por consequência da liberdade de expressão.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estamos no tempo intemporal das invariantes jurídicas e do território virtual, com quebras de barreiras geofísicas e comunicações velozes, quase imediatas. O mesmo tempo que permeia, por exemplo, a intimidade, permite a perenização da informação. Do simples tempo natural que vai passando, uma reinterpretação do tempo voluntária lhe imprime um sentido humano, em função dos valores visados, em cada uma das hipóteses dos performativos jurídicos específicos e recorrências de justiça.

Tratando-se de sociedade em rede, de informação, a vida humana, enquanto ser social, é vista como a história de sua comunicação. A palavra vence o tempo, transpõe distâncias, mas o tempo mata, transforma mentiras em *verdades*, ainda que privado de pessoas.

Nessa nova esfera digital planetária, os recortes relevantes correspondem às línguas, às culturas e aos centros de interesse. A distinção entre o público e o privado se apaga. Os meios de comunicação social interativos funcionam em espaços descentralizados (de *muitos para muitos*).

Ao cruzar horários e fronteiras, condicionam-se os pensamentos, sincronizando uma memória multicultural em tempo real. Um passado ainda “interessante” e um futuro já “creditado”, nada mais frágil. Tempo da duração, cheio de discontinuidades, sempre a reinventar, tempo programado, fragmentado, de velocidades diferenciadas.

O aumento do tempo de conservação de dados, as mídias digitais e a preocupação com o tempo trazem à tona questões emblemáticas. O Marco Civil brasileiro, ao estabelecer como fundamento a liberdade de expressão, protege as diversas comunicações possíveis.

A liberdade é a expressão da potência de agir e dentre outras liberdades, no sentido de que sem a liberdade de expressão o ser humano não pode selecionar as informações para sua representação, nem ser reconhecido e ter sua representação confirmada socialmente.

A liberdade constitui meio fundamental para o reconhecimento social da representação de si — dignidade humana — pois ela está associada à representação externa, enquanto a dignidade à representação interna. Mas a representação em si está sempre sob ameaça pela complexidade dada a inúmeras informações de

79 LESSIG LAWRENCE. *Cultura Livre*. São Paulo: Trama, 2005. p. 26.

difíceis assimilações, o que torna a proteção da intimidade e da representação de si difícil, podendo, assim, a liberdade ser normatizada. A liberdade só é possível dentro de um campo de mínima normatividade, disciplinada pelo Direito.

O Marco Civil brasileiro estabelece marcos na/e da internet, buscando mais liberdade e mais proteção da dignidade. A aplicação do Marco Civil resulta na constatação de que a humanidade ainda pode encontrar no Direito um caminho para sua a proteção e conservação.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, E. Y. *Direitos do autor e direitos conexos*. São Paulo: Brasil, 2002.
- AUGE, Marc. *Los no lugares-espacios del anonimato, una antropología de la sobremodernidad*. Barcelona: Gedisa, 1995.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997
- BLUM Renato M. S. Opice; ABRUSIO Juliana Canha. Direito Autoral Eletrônico. *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, ano 2, v. 1, n. 4, jul. 2002.
- BOTERO, Marino Catalina. *Liberdade de Expressão e Internet*. Disponível em: <<http://www.cidh.org/relatoria>>. Acesso em: 22 fev. 2017.
- CASTELLS, Manuel. *A era da informação*. Sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral*. São Paulo: Saraiva. 2012. v. 4.
- DESANTES, José Maria. *La información como Derecho*. Madrid: Nacional. 1978.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *Lo público y lo privado en Internet*. Intimidad y libertad de expresión en la Red, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Altas, 2003.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *O Direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014.
- GUSSE, Isabelle. *Diversité et indépendance des médias*. Canad: Université de Montréal, 2006
- HANS, Kelsen. *O que é Justiça?* São Paulo: M. Fontes, 2001.
- LADEUR, Karl-Heinz. Novos Institutos Para A Proteção Da Privacidade E Dignidade Pessoal Na Comunicação Pela Internet - “Corretor De Informações”, “Cortes Privadas Cibernéticas” E Redes De Contratos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, 2013.
- LEROI-GOURHAN, André. *El gesto y la palabra*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1971.
- LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre*. São Paulo: Trama: 2005.
- LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001.
- LLINÁS, Emilio Sune. *Teoría Estructuralista el Derecho*. Madrid: Universidad Complutense Madrid, 2006.
- LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no Direito: do século XX a pós-modernidade*. São Paulo: WMF M. Fontes, 2011. v. 3
- LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*. México: Universidad Iberoamericana, 2010.
- LUHMANN, Niklas. *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

- MALSON, Lucien. *Les enfants Sauvages*. Paris: 10/18, 1964.
- MATURANA, Humberto. *Desde la biología a la psicología*. Buenos Aires: Lumen, 2004.
- MCLUHAN, M. *Guerra e paz na aldeia global*. Rio de Janeiro: Global, 1971.
- OST, François. *O Tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2011.
- PIERRY, Levy. *Cibercultura*. São Paulo: 34, 2010.
- RIFKIN, Jeremy. *La sociedad de coste marginal cero, el Internet de las cosas, el pro común colaborativo y el eclipse del capitalismo*. Barcelona: Paidós, 2014.
- SILVA, José Afonso. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SPINOZA, Baruch. *Tratado teológico-político*. Madrid: Altaya, 1997.
- TEUBNER, Gunther. *Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Sarai-va, 2016.
- VIEHWEG Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília: Ministério da Justiça, co-edição Ed. Universidade de Brasília, 1979.
- VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

O projeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5276/2016) no mundo do big data: o fenômeno da *dataveillance* em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos

The draft law on personal data protection (PL 5276/2016) in the big data world: dataveillance through the use of metadata and its impacts on human rights

Elias Jacob de Menezes Neto

Jose Luis Bolzan de Morais

Tiago José de Souza Lima Bezerra

O projeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5276/2016) no mundo do big data: o fenômeno da *dataveillance* em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos*

The draft law on personal data protection (PL 5276/2016) in the big data world: *dataveillance* through the use of metadata and its impacts on human rights

Elias Jacob de Menezes Neto**

Jose Luis Bolzan de Moraes***

Tiago José de Souza Lima Bezerra****

RESUMO

A utilização de metadados por entidades públicas e privadas é uma realidade que ganhou vida a partir dos avanços da tecnologia da informação com o fenômeno da Globalização. Ao abordar o tema da vigilância eletrônica, por meio de uma estratégia metodológica de caráter fenomenológico-hermenêutico e transdisciplinar, este artigo pretende analisar os impactos da utilização desses dados nos direitos humanos, e a tentativa de o Estado regulamentar seu uso por meio de instrumentos normativos, como o projeto de lei de proteção de dados no Brasil (PL 5276/2016). Verifica-se, por meio das análises feitas, que o fenômeno da *surveillance* atinge muito mais que a privacidade, sendo um fator determinante para a violação da dignidade, e propulsor da segregação social, sendo os instrumentos jurídicos atuais de controle da vigilância eletrônica insuficientes para a proteção efetiva dos dados pessoais diante das ideias de desterritorialidade e desespacialidade associadas ao enfraquecimento da soberania moderna. Finalmente, a originalidade deste trabalho demonstra-se por meio da falta de estudos no Brasil sobre a *surveillance*, e a superação da ideia simplória de que esse fenômeno atinge, apenas, a privacidade, sendo um fator determinante para a segregação social e desigualdade.

Palavras-chave: *Dataveillance*. Metadados. Dados pessoais. Big data. Direitos humanos.

ABSTRACT

The use of metadata by public and private entities is a reality that has arisen from the advances of information technology with the phenomenon of Globalization. When discussing the topic of electronic surveillance, using a

* Recebido em 11/10/2017
Aprovado em 02/11/2017

** Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor adjunto do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, campus de Caicó/RN. Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica e do Laboratório de Governança Pública, ambos da UFRN. E-mail: eliasjacob@ceres.ufrn.br

*** Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq – Nível 1D. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Mestrado e Doutorado. E-mail: bolzan@hotmail.com

**** Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN/CERES). Monitor do Núcleo de Prática Jurídica do CERES/UFRN. Bolsista de Iniciação Científica do Laboratório de Governança Pública da UFRN. E-mail: tiagobezerra@labgov.pub

phenomenological-hermeneutic and transdisciplinary methodological strategy, this article intends to analyze the impacts of the use of these data on human rights, and the State's attempt to regulate its use through normative instruments, as the draft law on data protection in Brazil. It's verified, through the analyzes made, that the phenomenon of surveillance reaches much more than privacy, being a determining factor for the violation of dignity, and a propeller of social segregation, being the current legal instruments of electronic surveillance insufficient for the effective protection of personal data, in the face of the ideas of deterritoriality and despatiality associated with the weakening of modern sovereignty. Eventually the originality of this work can be demonstrated by the lack of studies in Brazil about surveillance, and the overcoming of the simplistic idea that this phenomenon only affects privacy, being a determining factor for social segregation and inequality.

Keywords: Dataveillance. Metadada. Personal data. Big data. Human rights.

1. INTRODUÇÃO

Ao discutir o tema da vigilância eletrônica, geralmente, há uma associação com a metáfora do Big Brother de George Orwell, o que pode levar a equívocos teóricos. Embora a genialidade de Orwell não deixe de surpreender — como é o caso das teletelas presentes no romance e o recente escândalo envolvendo as SmartTVs¹ da fabricante Samsung, as quais possuem um mecanismo de reconhecimento de voz capaz de enviar tudo que é falado no ambiente para a fabricante e suas parceiras, o que se assemelha muito à teletela prevista por Orwell —, sua aplicação ao mundo contemporâneo é bastante limitada. Isso se deve ao fato de a tarefa de monitoramento, como será visto neste artigo, ter sido expandida, tornando-se parte fundamental das estratégias de *marketing* da iniciativa privada. Como resultado, o mundo atual parece mais compatível com um conjunto de *little sisters* do que com um único *Big Brother*.

Para superação dessas metáforas, será apresentado um modelo diferenciado chamado “*surveillance assemblages*”, proposto por Richard Ericson e Kevin Haggerty. Esse modelo dá ênfase aos fluxos discretos de dados, ou seja, ao aspecto da *surveillance* que se convencionou chamar de *dataveillance*, propondo-se o uso da obra “O processo”, de Franz Kafka como uma alternativa para se pensar esse modelo.

Utilizando-se uma estratégia metodológica de caráter fenomenológico-hermenêutico e transdisciplinar, será abordada a relação do tema com as insuficiências presentes no cenário jurídico nacional. No caso, este artigo analisará o problema de fluxos de dados — e metadados — e como a ausência de compreensão das tecnologias da informação e comunicação (TICs) gera consequências nefastas para o PL 5276/2016 e o que nele é classificado como “dados anônimos”.

Para compreender o fenômeno das TICs, será necessário, primeiramente, demonstrar quais os motivos para a adoção da palavra “*surveillance*” (em inglês) na construção dessa categoria, o que possibilitará ver o seu estreito e inseparável vínculo com a tecnologia da informação. É justamente nesse sentido que será abordada a ideia do *Big Brother*, famosa após George Orwell desenhar o cenário de um futuro distópico, em que um Estado totalitário controla, por meio da coação, todos os aspectos da vida dos indivíduos². Por essa razão, será analisado esse modelo, verificando sua aplicabilidade ao cenário jurídico nacional, em um mundo onde a sedução do consumo substitui a ameaça constante, e o Estado totalitário orwelliano é suplantado por uma infinidade de empresas privadas, as *little sisters*.

1 As Smart TVs da Samsung que utilizam reconhecimento de voz e são conectadas à Internet transmitem todas as informações que chegam ao microfone da televisão, inclusive quando ela está desligada, tanto para a Samsung quanto para uma terceira empresa especializada no reconhecimento de voz. Em síntese: a TV escuta tudo que é falado no ambiente e envia, para a fabricante e suas parceiras, o que se assemelha muito à teletela prevista por Orwell. Para leitura detalhada sobre o tema, remete-se à política de privacidade para Smart TVs da Samsung. Disponível em: <http://www.samsung.com/hk_en/info/privacy/smarttv/>. Acesso em: 22 out. 2017.

2 ORWELL, G. 1984. Tradução: Wilson Velloso. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Não paginado.

2. DATAVEILLANCE COMO METÁFORA PARA O MUNDO ATUAL

Nos últimos anos, o panóptico, de Jeremy Bentham³ e Michel Foucault⁴, foi o modelo padrão nos estudos sobre a vigilância. Ainda que as práticas de vigilância sejam tão antigas quanto a própria civilização ocidental, elas adquiriram maior força na modernidade em virtude da necessidade de organização burocrática do Estado moderno. Todavia, um aumento exponencial no estudo sobre a *surveillance* somente ocorreu com o surgimento de novas tecnologias e suas nítidas consequências nos âmbitos do armazenamento e processamento de dados.

Com o tempo, passaram a surgir cada vez mais situações que não podiam ser explicadas por meio do panóptico. Isso porque as características inerentes às novas tecnologias e formas de organização social — especialmente a fluidez, a descentralização e a desterritorialização — possibilitaram a superação da ideia de mera vigilância — que, não se deve deixar-se enganar, continua a existir. Por isso, é possível “importar” a expressão *surveillance* para a língua portuguesa. Além de diferenciar o problema objeto deste estudo, a adoção dessa nomenclatura evita as armadilhas que uma simples tradução poderia resultar.

Embora a tradução literal — vigilância — seja linguisticamente adequada, a palavra em Língua Inglesa — bem como Língua Francesa — possui uma polissemia que não é alcançada pelo termo em Língua Portuguesa do Brasil. Logo, será sempre uma aproximação de um conceito, não o próprio conceito.

Ao utilizar o conceito em Língua Inglesa, forma-se um novo sentido para a palavra *surveillance*, incapaz de ser abarcado pela sua tradução literal. O conceito de *surveillance* ultrapassa os limites da concepção tradicional de vigilância, uma vez que permite trazer a tecnologia para dentro das relações sociais. Em vez de ser uma terceira coisa que aumenta as capacidades de vigilância, a tecnologia da informação passa a ser condição de possibilidade das interações humanas. Essa sutileza só pode ser conseguida superando-se o conceito de vigilância.

2.1. Dataveillance

Um outro modo de pensar a *surveillance* é trazido por Kevin D. Haggerty e Richard V. Ericson. Com base nos trabalhos de Gilles Deleuze e Félix Guattari e na ideia de agenciamento, Haggerty e Ericson estabelecem o conceito de “*surveillant assemblage*” como forma de analisar a convergência de fluxos oriundos de sistemas individuais de coleta de dados.⁵ A multiplicidade desses sistemas permite abstrair o corpo humano do seu contexto territorial, separando-o em vários fluxos distintos que podem ser recombinados em locais e modos diferentes, formando os *data doubles*, ou seja, os alteregos digitais.

Dataveillance é uma daquelas palavras que seriam impossíveis de traduzir caso se estivesse tratando do fenômeno da *surveillance* como mera vigilância. A tradução mais simples seria “vigilância de dados”, mas isso não traria a real dimensão desse fenômeno. Dentro da ideia das *assemblages* (multiplicidade de objetos distintos cuja unidade provém do fato de que eles funcionam em conjunto como uma entidade funcional), os fluxos discretos de dados dizem respeito à *dataveillance*, ou seja, traços de informações que, embora fluam de modo separado, podem ser rematerializados na construção de um conjunto de dados coerente.

O surgimento da expressão é atribuído ao cientista da computação Roger Clarke em textos dos anos de 1980. Trata-se da aglutinação das palavras *data* e *surveillance* e pode ser definida como o uso sistemático de sistemas de dados pessoais na investigação e monitoramento de ações e comunicações de um ou mais

3 BENTHAM, Jeremy. *The Works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: William Tait, 1843. v. 4.

4 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. 262 p.

5 ERICSON, Richard; HAGGERTY, Kevin. The surveillant assemblage. *British Journal of Sociology*, London, v. 51, n. 4, p. 605-622, dez. 2000.

indivíduos⁶.

Esse deslocamento em direção aos dados ocorreu porque monitorar pessoas ou grupos sempre foi uma tarefa dispendiosa do ponto de vista de recursos humanos e econômicos, mesmo quando existe o suporte tecnológico, como é o caso dos CFTVs, que necessitam de uma enorme quantidade de agentes para monitorar as imagens.

A percepção das pessoas sobre a *dataveillance* ainda tende a ser incrivelmente baixa, especialmente em virtude da hegemonia de modelos como o panóptico e o Big Brother, em que predomina o aspecto visual, mais relacionado à vigilância do que à proposta da *surveillance*. Embora a vigilância, ainda, seja um problema em determinados contextos, conforme já salientado, a coleta massiva de dados faz parte de um outro patamar de complexidade.

Sistemas eletrônicos produzem, constantemente, uma enorme quantidade de dados. Com o crescente número de pontos de contato entre o mundo físico e o virtual, praticamente toda atividade humana gera um fluxo discreto de dados que pode ser reconstruído posteriormente conforme a demanda. A criação de metadados ocorre em todos os momentos do dia normal da vida em sociedade: nas relações sociais mediadas eletronicamente, nas transações comerciais ou, até mesmo, no simples ato de andar pela rua — afinal, um *smartphone* típico, constantemente, envia os dados de geolocalização do usuário para o fabricante e outras empresas.

A utilização de fluxos de dados discretos oferece um amplo leque de vantagens na análise de pessoas e grupos, já que esse tipo de análise é mais barata; pode ser feita, simultaneamente, em um número maior de pessoas; é “transparente” ao cotidiano dos indivíduos, ou seja, não é invasiva; ocorre de forma automática e é ubíqua⁷. Cada um desses aspectos será analisado doravante.

Historicamente, as empresas coletavam poucas informações sobre os seus clientes, geralmente, apenas o necessário para alcançar algum objetivo imediato, como a venda de um produto. Até mesmo sistemas de busca, como o Google, coletavam — comparando-se aos dias de hoje — poucas informações dos seus usuários.

Com a massificação do acesso aos computadores nos últimos anos, o custo da tecnologia de armazenamento e processamento diminuiu drasticamente, o que tornou economicamente viável o maior armazenamento de dados por empresas e governos. Além disso, com a atual expansão do *big data*, é cada vez mais vantajoso guardar o máximo de informações possíveis; afinal, sempre podem ser descobertos novos significados a partir de um conjunto de dados aparentemente irrelevante.

O barateamento da tecnologia necessária para a coleta e o armazenamento de dados permitiu um salto, também, em relação à identificação dos indivíduos que tinham seus dados coletados. Se, anteriormente, o custo desses sistemas permitia o foco, apenas, em determinados indivíduos, hoje há uma tendência de ampliação para englobar todas as pessoas.

Essas tecnologias tornaram-se baratas a ponto de serem implementados serviços de reconhecimento biométrico facial dos usuários de transporte público de cidades como⁸ Manaus⁹ com o intuito de verificar

6 CLARKE, Roger. Information technology and dataveillance. *Communications of the ACM*, v. 31, n. 5, p. 498-512, maio 1988.

7 SCHNEIER, B. *Data and Goliath: the Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World*. New York: W. W. Norton & Company, 2015. 398 p.

8 Em Porto Alegre, 1.550 ônibus já analisam, diariamente, os rostos de 240 mil usuários do transporte público. Caso o rosto do passageiro não seja o mesmo daquele armazenado pela empresa, é gerada uma notificação que pode resultar na suspensão ou até mesmo no cancelamento do benefício da gratuidade. Para maiores detalhes: KANNEBERG, Vanessa. Câmera vai fotografar usuários para coibir fraude no uso do passe livre em ônibus da Região Metropolitana. *ZH Notícias*, Porto Alegre, 30 jun. 2015. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2015/06/camera-vai-fotografar-usuarios-para-coibir-fraude-no-uso-do-passe-livre-em-onibus-da-regiao-metropolitana-4792089.html>>. Acesso em: 22 out. 2017.

9 Assim como em Porto Alegre, os ônibus da cidade de Manaus utilizam biometria facial para fiscalizar o uso do benefício da gratuidade do transporte público. Com essa medida, a Secretaria Municipal de Transporte Urbanos conseguiu impedir gastos

se o portador do cartão de gratuidade é realmente o titular daquele direito. Ou, ainda, de serem instaladas câmeras de altíssima definição na cidade de Novo Hamburgo/RS¹⁰, região metropolitana de Porto Alegre, capazes de fazer a leitura automática das placas dos veículos que transitam nas ruas da cidade e verificar se eles possuem alguma espécie de restrição.

Similarmente, a Receita Federal brasileira passou a utilizar diversos mecanismos de análise de transações eletrônicas financeiras com a finalidade de evitar a sonegação fiscal. Desde dezembro de 2015, o fisco passou a receber os dados das movimentações financeiras de todos os brasileiros cujo valor total mensal supere dois mil reais¹¹. Esses dados serão compartilhados com os Estados Unidos da América e com outros 100 países em virtude de acordos estabelecidos com a finalidade de evitar evasão de dívidas.

Se, anteriormente, a Receita Federal tinha que se dedicar a determinados grupos de indivíduos para fazer uma investigação minuciosa das suas fontes de receitas, hoje, ela pode coletar informações sobre a renda de grande parte da população economicamente ativa, especialmente, se for levado em consideração que a renda média do brasileiro é de cerca de R\$ 2.117,10¹², ou seja, acima do limite estabelecido pela Receita Federal.

A transparência — não do tipo desejável — e a automaticidade no modo como ocorre a coleta de fluxos de dados discretos é um outro ponto fundamental para a compreensão da *dataveillance* dentro da ideia de *assemblage*. Com a multiplicação de pontos de contato entre a tecnologia e o mundo, quase tudo o que se faz gera um fluxo de dados sem que sequer se tenha conhecimento. Hábitos de navegação na internet; movimentação de telefones celulares no espaço-tempo; informações sobre uso de meios eletrônicos de pagamento. Tudo isso gera fluxos de informações sobre os indivíduos sem que eles percebam.

Ocorre que, quanto mais transparente for a criação desses fluxos de dados, mais fácil é ignorá-los e considerá-los parte normal do cotidiano. Existem dois exemplos claros para ilustrar isso: a maioria das pessoas iria se sentir desconfortável com a ideia de colocar uma tornozeleira eletrônica com monitoramento por GPS durante 24 horas ao dia ou de fazer perguntas extremamente íntimas aos seus amigos. No entanto, dificilmente, pensam duas vezes antes de sair de casa com um telefone celular ou de transformar os seus mais ocultos segredos em pesquisas do *Google*.

Como resultado da incorporação, cada vez maior, da tecnologia à vida humana, a coleta de dados torna-se ubíqua, especialmente quando for considerado o constante fluxo de metadados. Estes, como será visto posteriormente, podem dizer muito mais do que os dados aos quais se referem e têm consequências sérias na proteção dos direitos humanos.

equivalentes a R\$230.000,00 mensais com fraudes. Para maiores detalhes: SEVERIANO, Adneilson. Ônibus terão biometria facial após fraudes de R\$ 230 mil por mês, no AM. *G1 Amazonas*, Manaus, 23 nov. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2015/11/onibus-terao-biometria-facial-apos-fraudes-de-r-230-mil-por-mes-no-am.html>>. Acesso em: 22 out. 2017.

¹⁰ As câmeras de vídeo monitoramento da Guarda Municipal do município de Novo Hamburgo/RS possuem tecnologia de reconhecimento óptico de caracteres (OCR). Interligados ao sistema do DETRAN, esse sistema permite a detecção automática das placas dos veículos e a comparação com a base de dados de veículos com restrições de roubo ou mandados judiciais pendentes. Para maiores detalhes: HENTZ, Tatiane. Câmeras devem ajudar a identificar carros roubados em Novo Hamburgo. *Jornal NH*, Novo Hamburgo, 6 ago. 2014. Disponível em: <http://www.jornalnh.com.br/_conteudo/2014/08/noticias/regiao/70867-cameras-devem-ajudar-a-identificar-carros-roubados-em-novo-hamburgo.html>. Acesso em: 22 out. 2017.

¹¹ Sob as acusações de que o sistema e-Financiera viola a privacidade dos usuários, a Receita Federal elaborou uma nota de esclarecimento em sua defesa. No referido documento, argumenta que os mecanismos que compõem aquele sistema (DIMOF – Declaração de Movimentação Financeira e o SPED – Sistema Público de Escrituração Digital) possuem fundamento na Lei Complementar nº 105/2001, bem como nas Instruções Normativas RFB nº 811 e 1.571. Obviamente, trata-se de uma análise rasa, pois o debate sobre direitos humanos não pode ser justificado com instruções normativas do próprio órgão que se beneficia com a coleta de dados. Os detalhes sobre a referida nota da RFB estão disponíveis em <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/2016/fevereiro/nota-de-esclarecimento-sobre-a-e-financeira>>. Acesso em: 22 out. 2017.

¹² LISBOA, Vinícius. Renda média do brasileiro cai 1,9% em maio, informa IBGE. *EBC*, Brasília, 6 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/economia/2015/06/renda-media-do-brasileiro-cai-19-em-maio-informa-ibge>>. Acesso em: 22 out. 2017.

2.2. Franz Kafka e a metáfora da *dataveillance*

Diante do que foi exposto neste artigo, diversos aspectos da *surveillance* não foram capturados nem por Foucault¹³ nem por Orwell, especialmente no que diz respeito à constante análise dos dados dos indivíduos e a falta de transparência sobre como essas informações são processadas. Por isso, uma metáfora interessante para a análise da *dataveillance* é a obra “O processo”, de Franz Kafka.

A obra começa com o protagonista (Joseph K.) acordando em uma manhã com a presença de um grupo de policiais no seu apartamento, informando-lhe que ele estava preso. Nem K. nem os policiais faziam a menor ideia de quais as acusações que eram imputadas ao protagonista, que, também, não se lembrava de ter cometido qualquer ofensa à lei. Além disso, K. não fazia nenhuma ideia de quem poderia ser o autor da denúncia. Mesmo preso, ao invés de ser levado para a delegacia ou presídio, os oficiais, simplesmente, foram embora, deixando K. onde ele estava¹⁴.

Durante o restante da história, Joseph K. busca, incessantemente, saber por qual motivo ele foi preso e como o processo será resolvido. Uma grande burocracia parece ter elaborado um dossiê sobre ele por meio de um tribunal clandestino e misterioso cujos arquivos são inacessíveis ao público e ao acusado. Em um esforço para descobrir o funcionamento do tribunal, K. sai pela cidade colhendo informações com quem quer que possua algum conhecimento sobre o *modus operandi* do tribunal, até que um pintor esclarece que os autos

continuam, como o ininterrupto movimento das repartições da justiça o exige, a levá-lo aos tribunais superiores, volta aos tribunais inferiores e fica, assim, a oscilar com grandes e pequenas amplitudes, com grandes e pequenas interrupções. Estes percursos são imprevisíveis [...]. Um dia, para completa surpresa de todos, um Juiz qualquer pega com mais atenção no auto [...]

— E o processo começa de novo? — perguntou K., quase incrédulo.

— Com certeza — respondeu o pintor — o processo começa de novo, mas volta a existir a possibilidade, tal como antes, de se conseguir uma absolvição aparente. Torna-se de novo necessário concentrar todas as forças e lutar sem desfalecimento.¹⁵

Ironicamente, após a sua prisão, é o próprio Joseph K. quem busca o tribunal. Ele é informado que o interrogatório ocorrerá no domingo, mas somente se ele não tiver nenhuma objeção. No domingo, ele correu para chegar ao local marcado às nove horas, embora ninguém tivesse especificado o horário em que deveria estar na audiência. Após o interrogatório, o tribunal pareceu ter perdido o interesse nele que, por sua vez, ficou obcecado em ser notado e ter o seu caso resolvido. Na realidade, ser ignorado pela justiça foi pior do que ser preso.

Conforme continua a sua saga, o protagonista é, cada vez mais, surpreendido pelo funcionamento estranho do tribunal, cujo ar de segredo é a única constante. Ainda assim, Joseph K. busca a absolvição por um crime — que ele sequer sabe qual — perante uma autoridade acusadora que ele não consegue encontrar. Ao final, Joseph K. é apreendido no meio da noite e executado com uma facada no coração.

Essa obra consegue captar uma descrição mais condizente com a realidade da *dataveillance*. Por meio dos traços exagerados do mundo desenhado por Kafka, que beiram o cômico e o absurdo, é possível ver a indiferença da burocracia, na qual o indivíduo é, apenas, mais uma peça em uma engrenagem secreta, sem possibilidades de interferir no resultado do processo.

Joseph K. sente o desamparo e a vulnerabilidade de alguém que tem a vida completamente esmiuçada por grandes organizações, que tomam decisões, com base nesses dados, capazes de afetá-lo, mas sem que ele tenha conhecimento sobre o procedimento adotado ou qualquer possibilidade de reação.

13 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. 262 p.

14 KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução: Gervásio Álvaro. Lisboa: Livros do Brasil, 1999. 285 p.

15 KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução: Gervásio Álvaro. Lisboa: Livros do Brasil, 1999. 285 p.

É possível, pois, argumentar que Kafka apresenta uma metáfora da *dataveillance* sobre a incapacidade que os indivíduos têm para controlar os dados que são coletados sobre eles, o segredo absoluto que rege o funcionamento dessas instituições e a forma como elas utilizam os dados dos indivíduos sem que estes tenham a possibilidade de intervir no resultado final, ainda que disso resultem consequências drásticas nas suas vidas.

É dessa desigualdade nas relações de poder que ocorrem as violações dos direitos humanos. Assim como a burocracia de Kafka, a coleta de dados retira do indivíduo o seu controle sobre as próprias informações. Tal qual a *surveillance*, não é possível falar na existência de um motivo diabólico ou um grande plano de dominação global por trás das ações da burocracia kafkiana. O que ocorre é a dissolução do ser humano em uma rede composta por práticas padronizadas, procedimentos secretos e a incapacidade de interação com aqueles que definem os critérios de processamento das informações. Assim como em Kafka, as consequências são sempre atribuídas a um sistema — que funciona quase como uma entidade abstrata, pois inacessível —, cujo modo de funcionamento é desconhecido, embora gere consequências diretas para as vidas das pessoas.

3. O PODER DOS METADADOS E O PL 5276/2016

3.1. O que são metadados?

O metadado é a “[...] informação estruturada que descreve, explica, localiza ou que, de algum modo, facilita a recuperação, uso ou gerenciamento de uma fonte de informação. O metadado é comumente denominado dado sobre dado ou informação sobre informação”¹⁶.

De modo simplificado, é possível utilizar a metáfora de uma carta ordinária. Assim, enquanto os dados seriam o conteúdo da correspondência, os metadados seriam informações sobre aquela carta: o tipo do papel utilizado, o tamanho do envelope, os dados do remetente e destinatário, a data e o local de postagem, os traços de DNA e impressões digitais encontrados na carta, o tipo e a cor da tinta utilizada para escrever a carta, o tamanho e o peso da correspondência, o número de letras e palavras, os traços de substâncias impregnadas no papel, as informações sobre quaisquer outras correspondências similares no sistema postal, nome do carteiro que fez a entrega etc.

Os metadados não são uma novidade da era digital — afinal, fichas catalográficas dos livros em uma biblioteca também são metadados —, mas a quantidade, tipo e capacidade de análise deles só adquiriram a relevância atual em virtude dos avanços na tecnologia da informação. E, com essa maior quantidade e poder de análise, os metadados tornaram-se capazes de informar mais que os dados propriamente ditos.

Com o escândalo envolvendo Edward Snowden, o discurso dominante na defesa da coleta em massa de dados foi a de que apenas metadados eram analisados pelas agências de inteligência, de modo que não estaria ocorrendo nenhuma violação da privacidade. No entanto, ainda que somente metadados fossem coletados — o que não era verdade —, isso já seria suficiente para extrair informações extremamente pessoais das vidas das pessoas, já que metadados não são inocentes pedaços de informação descontextualizada. Eles são o próprio contexto. Stefano Rodotà tem razão ao afirmar que

Raramente o cidadão é capaz de perceber o sentido que a coleta de determinadas informações pode assumir em organizações complexas e dotadas de meios sofisticados para o tratamento de dados, podendo escapar a ele próprio o grau de periculosidade do uso destes dados por parte de tais organizações.¹⁷

16 NATIONAL INFORMATION STANDARDS ORGANIZATION. *Understanding Metadata*. Bethesda: NISO Press, 2004. 17 p.

17 RODOTÀ, S. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 382 p.

Existe um experimento em andamento cujo intuito é demonstrar para as pessoas a relevância dos metadados. Intitulado *MetaPhone*, o estudo realizado pelo *Center for Internet and Society*, vinculado à escola de direito da Universidade de *Stanford*, funciona da seguinte forma: usuários que desejassem participar e que possuíssem *smartphones* com a plataforma *Android* instalaram, voluntariamente, um aplicativo em seus celulares. O programa envia para os pesquisadores as seguintes informações: número de destino da chamada, duração da ligação e data e hora em que ela foi feita. Os números de destino eram comparados com bases de dados públicas de telefones; assim, em vez de, simplesmente, terem um número, os pesquisadores poderiam ter o nome do destinatário da chamada telefônica¹⁸.

Dentre os diversos padrões de uso que foram encontrados pelos pesquisadores do projeto *MetaPhone*, cinco são bem relevantes no que diz respeito à importância dos metadados: o “participante A” comunicou-se, várias vezes, com diversos neurologistas locais, com uma farmácia especializada em produtos neurológicos, com um serviço de apoio a portadores de doenças raras e com o serviço de atendimento ao consumidor de um laboratório farmacêutico especializado em esclerose múltipla.

O “participante B” fez ligações longas para cardiologistas de um grande centro médico, fez uma ligação curta para um laboratório de análises clínicas, recebeu ligações de uma farmácia e fez várias ligações curtas para um serviço de acompanhamento automático de um dispositivo médico utilizado para monitorar arritmias cardíacas.

O “participante C” fez ligações para uma loja de armas de fogo especializada em rifles semiautomáticos e fez chamadas longas para o serviço de atendimento ao consumidor de uma fabricante do mesmo tipo de rifle.

O “participante D” fez contato, dentro de um período de três semanas, com uma loja de utensílios para jardinagem, com chaveiros, lojas de hidroponia e com lojas especializadas na venda de artigos relacionados à maconha.

A “participante E” fez uma longa ligação, muito cedo da manhã, para a sua irmã. Dois dias depois, ela ligou várias vezes para uma clínica de aborto. Um mês depois, ela fez a última ligação para a clínica.

Os pesquisadores puderam telefonar para os envolvidos e confirmar que o “participante B” possui um problema cardíaco e que o “participante C” possui armas de fogo semiautomáticas. No entanto, preferiram não ligar para os participantes A, D e E em virtude da sensibilidade das informações coletadas. Ainda assim, fica evidente que os metadados são informações de extrema relevância para identificar quem são os indivíduos.

Somente com metadados de ligações telefônicas, foi possível chegar a conclusões tão pessoais sobre a vida dos participantes — reitere-se, o *MetaPhone* não envia a gravação das chamadas. Imagine-se, então, o que seria possível inferir caso se adicionassem os metadados de *e-mails* trocados, mensagens instantâneas ou até mesmo buscas no *Google* — sim, por fazerem parte da URL, os termos pesquisados nos serviços de busca são considerados metadados.

Extrapolando um pouco esses projetos, imagine que um determinado sistema coleta, durante alguns meses, informações sobre todos os contatos realizados — não o conteúdo das comunicações — por um indivíduo — frequência, duração, destinatário, horário —, além de todas as suas movimentações no espaço — com rotas percorridas, velocidade etc. Qualquer pessoa poderia extrair conclusões interessantes desses dados: quem são as pessoas importantes para esse indivíduo? Quais os meios de transporte que ele utiliza? Qual a sua profissão provável? Afinal, se todos os dias, às 03 horas da madrugada, ele está no hospital, possivelmente, é um profissional da saúde. Se isso ocorre apenas excepcionalmente, provavelmente está doente.

Obviamente, um sistema pode tirar conclusões muito mais avançadas com esses dados no atacado: esse indivíduo chama-se Fulano, é médico, número de CPF tal, possui uma esposa e quatro filhos, dirige um veí-

18 MAYER, J.; MUTCHER, P. *MetaPhone: The Sensitivity of Telephone Metadata*. *Web Policy*, [S.l.], 12 mar. 2014.

culo de marca tal e, por isso, tem 85% de probabilidade de votar no partido X, possui determinados traços de personalidade e, portanto, tem um risco 75% maior de desenvolver demência na velhice. A concatenação de dados é quase infinita e pode parecer absurda, mas é utilizada, diariamente, no mundo do *big data* para determinar riscos, preferências e hábitos das pessoas. A sofisticação técnica dos programas que realizam análises de *big data* surpreende o “usuário comum” — vide, por todos, o estudo de Kosinski Stillwell e Graepel¹⁹ que construiu um sistema capaz de identificar traços de personalidade do usuário a partir das suas “curtidas” na rede social *Facebook*.

3.2. O PL 5276/2016 e a ilusão de que existem (meta)dados “anônimos”

Embora exista projeto similar tramitando no Senado (PLS 330/2013), a massiva participação popular no texto que resultou no PL 5276/2016 torna a proposta da Câmara muito mais relevante do ponto de vista democrático. Isso porque, após a aprovação do marco civil da internet (Lei 12.965/2014), instaurou-se um novo debate sobre o anteprojeto de lei (APL) para a proteção de dados pessoais. No dia 19 de outubro de 2015, o Ministério da Justiça finalizou uma nova versão do anteprojeto, o que ocorreu depois de mais de 1300 colaborações no site da consulta pública²⁰. Desse APL surgiu o PL 5276/2016, daí a sua maior importância na análise aqui realizada.

Ressalte-se: o recurso às legislações nacionais é insuficiente para garantir a proteção dos direitos humanos violados pela *surveillance*. Em que pese essa limitação da discussão no âmbito do Estado-nação, não se pode desconsiderar a importância, ainda que simbólica, dessas legislações.

Mesmo que se tenham sempre em vista os limites e as possibilidades da lei para tratar de problemas eminentemente desterritorializados, o referido anteprojeto é de imensa importância para inaugurar o debate sobre a *surveillance* no cenário legislativo brasileiro. Quando aprovada, essa lei irá servir como um dos fundamentos para a formação do imaginário dos juristas, especialmente para a compreensão sobre a relação entre violação dos direitos humanos e os fluxos de dados.

No entanto, o referido anteprojeto sofre de um problema fundamental, pois considera que, ainda, se está lidando, apenas, com dados pessoais. Isso torna-se evidente já no artigo 1º, em que é estabelecido que “*esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade, intimidade e privacidade da pessoa natural.*”²¹

Com uma definição desse tipo, o PL 5276/2016 esquece um dos direitos humanos mais importantes e que é colocado em risco pelos fluxos globais de dados: a igualdade. O senso comum presente no PL 5276/2016 tende a associar o problema da *surveillance* à privacidade e à liberdade. Obviamente, não se trata de um erro, pois, realmente, existe uma ligação óbvia e forte entre *surveillance* e privacidade.

No entanto, trata-se de uma abordagem limitada, porque, embora esses problemas continuem a ser relevantes, é cada vez mais claro que eles não contam a história completa sobre a *surveillance*, porque ela, nos dias de hoje, classifica pessoas em categorias de interesse ou risco com consequências reais nas suas vidas. Logo, a *surveillance* torna-se um instrumento de estratificação da discriminação, o que faz com que deixe de ser, apenas, um problema de privacidade individual, mas, especialmente, de justiça social.

Ainda que a omissão do artigo 1º do PL 5276/2016 fosse considerada um mero “esquecimento”, suas consequências para a proteção dos direitos humanos seriam igualmente prejudiciais, especialmente quando

19 KOSINSKI, M.; STILLWELL, D.; GRAEPEL, T. Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, v. 110, n. 15, p. 5802-5805, 9 abr. 2013.

20 PEDUZZI, Pedro. MJ finaliza nova versão de anteprojeto sobre proteção de dados na internet. *EBC*, Brasília, 19 out. 2015. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-10/mj-finaliza-nova-versao-de-anteprojeto-sobre-protecao-de-dados-na-internet>>. Acesso em: 22 out. 2017.

21 BRASIL. *Projeto de Lei de proteção de dados pessoais: PL 5276/2016*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016.

se percebe que a coleta massiva de dados é capaz de categorizar pessoas em grupos de risco ou de (des) interesse econômico e social. No entanto, o PL 5276/2016 vai mais fundo ao ignorar a igualdade e fazer a equivocada distinção entre três categorias de dados: pessoais, sensíveis e anônimos.

O dado pessoal, conforme art. 5º, inciso I, é aquele “[...] relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locacionais ou identificadores eletrônicos quando estes estiverem relacionados a uma pessoa”.

Os dados sensíveis, de acordo com o inciso III do mesmo artigo, são um tipo especial de dados pessoais, ou seja, são

[...] dados pessoais sobre a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, as opiniões políticas, a filiação a sindicatos ou organizações de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde ou à vida sexual, bem como dados genéticos ou biométricos.

Por fim, os dados anônimos, conforme inciso IV do artigo 5º do PL 5276/2016, seriam aqueles “[...] dados relativos a um titular que não possa ser identificado”.

Trata-se de uma classificação que cria três níveis de proteção distintos: os dados sensíveis gozarão da maior proteção dentre todos, seguidos pelos dados pessoais e, por fim, pelos dados anônimos. Esses últimos gozam de menor privilégio, uma vez que, supostamente, não seriam capazes de identificar os indivíduos aos quais se referem.

Contudo, esta é uma classificação fantasiosa, especialmente dentro do contexto dos avançados algoritmos de extração — *data mining* — e análise massiva de dados e, especialmente, de metadados — *big data*. Esses metadados — que, dependendo do contexto, podem ser classificados pelo PL 5276/2016 como dados pessoais ou, até mesmo, como dados anônimos — são de grande importância para a compreensão da falha dessa classificação. Como visto no exemplo anterior do *MetaPhone*, com uma abordagem estatística adequada, informações como remetente, destinatário, assunto, horário de envio e endereço IP podem ser tão ou mais valiosas que o conteúdo dos e-mails.

Assim, os dados não são, como quer a lei, “essencialmente” pessoais, sensíveis ou anônimos. São, apenas, dados, cujo sentido é atribuído no momento da aplicação do algoritmo. Como resultado, dados que foram “anonimizados” podem sofrer o processo inverso e tornarem-se identificáveis, revelando informações sensíveis sobre um indivíduo ou grupo de indivíduos.

Quanto mais fontes anônimas de dados forem concatenadas, menos anônimos esses dados serão. Assim, a classificação proposta pelo PL 5276/2016 permite que seja dada baixa proteção ao conjunto de informações que podem ser utilizadas para afetar diretamente a vida das pessoas, violando uma série de direitos humanos. Desse estado da arte, a classificação equivocada entre dados pessoais, sensíveis e anônimos coloca em risco os direitos humanos, em especial a igualdade, uma vez que possibilitará a proteção deficiente de dados potencialmente sensíveis e de extrema relevância para a vida das pessoas.

É possível apontar alguns exemplos emblemáticos de como não existem dados — e metadados — anônimos²². No ano de 2014, um grupo de cientistas da Carnegie Mellon conseguiu uma façanha interessante. Com simples imagens de pessoas obtidas na rua, os pesquisadores conseguiam descobrir o nome, perfil de rede social, número do seguro social (o equivalente ao CPF nos EUA) e, por meio de consultas de bases de dados de acesso público, inferir informações como orientação sexual e traços de personalidade²³.

22 Existe um projeto de pesquisa de Arvind Narayan, cientista da computação da universidade de *Princeton* e pesquisador afiliado do “*Center for Internet and Society*” da escola de direito da universidade de Stanford. O projeto, denominado “*33 bits of Entropy*” analisa a impossibilidade de existirem dados anônimos na sociedade contemporânea. Disponível em: <<https://33bits.org>>. Acesso em: 22 out. 2017.

23 ACQUISTI, Alessandro; GROSS, Ralph; STUTZMAN, Fred. Face Recognition and Privacy in the Age of Augmented Reality. *Journal of Privacy and Confidentiality*, Pittsburgh, v. 6, n. 2, p. 1-20, 2014.

Em outro exemplo, pesquisadores da universidade do Texas, em Austin, desenvolveram um programa de computador capaz de “desanonimizar” um conjunto grande de dados, a saber, a base de notas dadas aos filmes pelos usuários do serviço Netflix²⁴. Como isso ocorreu?

Em 2006, o Netflix — o maior serviço de *streaming* de vídeo pago do mundo — fez um concurso público para que fosse desenvolvido um algoritmo mais refinado de sugestões de filmes para os seus usuários. Para tanto, liberou um banco de dados parcial, contendo 100.408.507 avaliações criadas por 490.189 usuários do Netflix, dos quais foram removidos todos os dados identificadores dos clientes, ficando disponível, apenas, a nota atribuída pelo usuário e a data em que a avaliação foi feita. O Netflix tinha tanta confiança de que os dados continuariam anônimos que, na seção de dúvidas frequentes (FAQ) do desafio, inseriu as seguintes pergunta e resposta:

Existe alguma informação dos clientes no conjunto de dados que deve ser mantida em segredo?

Não, toda a informação de identificação dos clientes foi removida; tudo o que resta são as avaliações e as datas. Isso segue a nossa política de privacidade, que você pode revisar aqui. Ainda que, por exemplo, você conhecesse todas as suas próprias avaliações e as datas em que foram feitas, você provavelmente não poderia identificá-las de maneira confiável nos dados disponibilizados, pois somente uma pequena amostra foi incluída (menor que um décimo do nosso conjunto de dados completo) e esses dados estão sujeitos a variações. É claro que, já que vocês todos conhecem as suas próprias avaliações, isso não seria realmente um problema de privacidade, seria?²⁵.

Os pesquisadores, então, desenvolveram um programa que comparou aquela base de dados a uma outra de acesso público, o IMDB – Internet Movie Database, site que, também, reúne reviews cinematográficos postados voluntariamente por internautas. Como resultado, eles conseguiram identificar quais usuários eram responsáveis pelos reviews da base de dados do Netflix, ou seja, “desanonimizaram” o conteúdo.

Com base nos resultados dessa pesquisa, foi possível reunir um conjunto de dados completamente anônimos e cruzá-los com outro banco de dados (público) para saber quem viu qual filme e qual foi a sua avaliação. Com isso, seria possível fazer a concatenação com os outros exemplos dados no decorrer do trabalho, inclusive, identificação pessoal com número do “CPF”, traços de personalidade, orientação religiosa, política e sexual etc.

É preciso cautela na hora de utilizar mecanismos rígidos para tentar controlar eventos extremamente fluidos. Embora se tenha plena consciência de que a lei não é capaz de proteger, integralmente, os direitos humanos violados pela *surveillance*, deve-se reconhecer que ela pode ser um instrumento benéfico, especialmente do ponto de vista simbólico.

A lei precisa estar minimamente adequada às tecnologias existentes, sob o risco de ser ainda mais prejudicial que a sua própria inexistência, visto que a sua mera existência, sem paralelo com a realidade tecnológica, cria a falsa sensação de que um direito está protegido sem que ele realmente esteja. Esse é o desafio de uma legislação brasileira de proteção de dados pessoais, especialmente no que diz respeito ao que considera “dados anônimos”.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A visão de George Orwell demonstra a genialidade da obra e sua pertinência para o mundo contemporâneo. A importância dos bancos de dados governamentais, manipulados pela tecnologia da informação, são

24 NARAYANAN, Arvind; SHMATIKOV, Vitaly. Robust De-anonymization of Large Sparse Datasets. In: *Proceedings of the 2008 IEEE Symposium on Security and Privacy*, 2008, Washington: IEEE Computer Society. 2008. p. 111-125

25 No original: “Is there any customer information in the dataset that should be kept private? No, all customer identifying information has been removed; all that remains are ratings and dates. This follows our privacy policy, which you can review here. Even if, for example, you knew all your own ratings and their dates you probably couldn’t identify them reliably in the data because only a small sample was included (less than one-tenth of our complete dataset) and that data was subject to perturbation. Of course, since you know all your own ratings that really isn’t a privacy problem is it?”

visíveis no romance distópico. Da mesma maneira, o olhar do *Big Brother* era onipresente e indeterminado, situação que, de maneira semelhante ao panóptico, inibia qualquer desejo de fuga do indivíduo, uma vez que ele poderia estar sendo vigiado a qualquer momento. Também, lembrando, assustadoramente, aspectos da atualidade, questões sobre direitos humanos, como igualdade e dignidade, são tocadas pela obra de Orwell, associadas à impossibilidade de construir uma identidade própria, distinta das massas; e do exercício de controle de acordo com cada grupo social, o que se assemelha muito com a ideia de *dataveillance* e utilização de metadados.

Ao contrário das propostas de Foucault, Bentham e Orwell, a *surveillance* não depende do elemento territorial, tampouco do uso da coação ou do sentido da visão. Isso porque os conceitos de *surveillance assemblage* e de *dataveillance* deslocam o problema da coleta de dados do mundo físico para o virtual. Isso permite que as novas tecnologias violem os direitos humanos de modos completamente imprevisíveis para aqueles que não compreendem, adequadamente, essa categoria, como comumente ocorre com a literatura tradicional sobre o tema²⁶.

Sejam públicas ou privadas, todas as entidades que coletam e analisam dados, na atualidade, possuem em comum a busca pela categorização e pelo reconhecimento de padrões — *data mining* — em enormes conjuntos de dados — *big data*. Isso decorre da transição do modelo da defesa em direção à atual sociedade securitizada, na qual o medo líquido preenche as vidas de incertezas que precisam ser eliminadas a partir de novas tecnologias.

Essa securitização, para utilizar a expressão de Michael Hardt e Antonio Negri²⁷, modifica a expectativa de resposta dos sistemas tecnológicos, que devem deixar de ser reativos e conservativos — ou seja, preservar a ordem por meio de interferências somente quando perturbados —, para se tornarem ativos e construtivos — antecipar essas interferências e modificar a ordem social antes mesmo que elas ocorram.

Como resultado, esse fenômeno enfraquece a soberania moderna em virtude da sua capacidade para normalizar uma situação de guerra constante, que deveria ser excepcional. Como resultado, desestabiliza-se o poder, que passa a migrar em direção aos atores públicos — vinculados às grandes potências — e privados — detentores da tecnologia da informação.

Também, verificou-se que, embora importantes, os mecanismos de controle estatais (como PL 5276/2016, para a proteção dos dados pessoais no Brasil) são incapazes de proteger, adequadamente, os direitos humanos, o que ocorre como consequência de alguns fenômenos: da globalização; do surgimento de novos centros de poder não estatais; e da expansão das tecnologias da informação. Todos eles possuem, em comum, a extrema facilidade para transpor espaços físicos — o foi referido através das ideias de desterritorialidade e desespacialidade.

Uma das consequências fundamentais derivada da matriz teórica dos *surveillance studies* é a superação da ideia de que informações pessoais e comunicações privadas dizem respeito apenas às violações da privacidade. Esse lugar-comum no direito, resultado da não compreensão da categoria da *surveillance*, faz com que os juristas já comecem a encarar o problema de maneira equivocada, conforme foi demonstrado pela ausência do enfrentamento — pelo PL 5276/2016 — das cruéis violações da igualdade e da liberdade patrocinadas pela tecnologia da informação.

Desde concessões de benefícios somente para indivíduos caracterizados como “de interesse comercial”, até a impossibilidade de utilizar meios de transporte aéreo, os seres humanos sofrem, cotidianamente, as consequências de sistemas que coletam e, acima de tudo, categorizam informações com critérios que não passam por qualquer tipo de controle democrático.

26 PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. 550 p.; PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2005. 233 p.

27 HARDT, Michael; NEGRI, Anthony. *Multitude: war and democracy in the age of empire*. New York: The Penguin Press, 2004. 405 p.

Por isso, é possível — e necessário — compreender que as TICs atingem muito mais que a privacidade, podendo servir como um instrumento de segregação social e caracterizador da violação à isonomia e à dignidade. São insuficientes as tentativas de restringir os fluxos de dados na sociedade em rede²⁸ por meio de mecanismos rígidos, centrados em territórios, como é o caso das legislações derivadas do Estado-nação.

Sem as restrições típicas do constitucionalismo na elaboração desses códigos, fica fácil perceber como a tecnologia da informação ganha a capacidade de violar direitos humanos, o que reforça a ideia de que o Estado é um palco fragilizado para a sua proteção.

Disso não se deve concluir que se trata de uma “falha” do modelo estatal, possível de ser sanada por meio do seu redesenho. O que ocorre é, exatamente, o oposto, ou seja, trata-se de um limite intransponível que demonstra a insuficiência desse formato de organização política para, sozinho, proteger os direitos humanos na era do *big data*. É necessário, portanto, repensar os modelos de proteção de direitos na contemporaneidade, o que fugiria do escopo do presente artigo, mas deve servir como provocação para o leitor atento.

REFERÊNCIAS

ACQUISTI, Alessandro; GROSS, Ralph; STUTZMAN, Fred. Face Recognition and Privacy in the Age of Augmented Reality. *Journal of Privacy and Confidentiality*, Pittsburgh, v. 6, n. 2, p. 1-20, 2014.

BRASIL. *Projeto de Lei de proteção de dados pessoais: PL 5276/2016*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016.

BENTHAM, Jeremy. *The Works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: William Tait, 1843. v. 4.

BOLZA DE MORAIS, Jose Luis; JACOB NETO, Elias. A insuficiência do Marco Civil da Internet na proteção das comunicações privadas armazenadas e do fluxo de dados a partir do paradigma da surveillance. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 417-439.

CASTELLS, Manuel. *The rise of the network society: The information age – economy, society and culture*. 2. ed. Chichester: Wiley-Blackwell, 2010. v. 1.

CLARKE, Roger. Information technology and dataveillance. *Communications of the ACM*, v. 31, n. 5, p. 498-512, maio 1988.

ERICSON, Richard; HAGGERTY, Kevin. The surveillant assemblage. *British Journal of Sociology*, London, v. 51, n. 4, p. 605-622, dez. 2000.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. 262 p.

HARDT, Michael; NEGRI, Anthony. *Multitude: war and democracy in the age of empire*. New York: The Penguin Press, 2004. 405 p.

HENTZ, Tatiane. Câmeras devem ajudar a identificar carros roubados em Novo Hamburgo. *Jornal NH*, Novo Hamburgo, 6 ago. 2014. Disponível em: < http://www.jornalnh.com.br/_conteudo/2014/08/noticias/regiao/70867-cameras-devem-ajudar-a-identificar-carros-roubados-em-novo-hamburgo.html>. Acesso em: 22 out. 2017.

KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução: Gervásio Álvaro. Lisboa: Livros do Brasil, 1999. 285 p.

KANNEBERG, Vanessa. Câmera vai fotografar usuários para coibir fraude no uso do passe livre em ônibus da Região Metropolitana. *ZH Notícias*, Porto Alegre, 30 jun. 2015. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2015/06/camera-vai-fotografar-usuarios-para-coibir-fraude-no-uso-do-passe>>

28 CASTELLS, Manuel. *The rise of the network society: The information age – economy, society and culture*. 2. ed. Chichester: Wiley-Blackwell, 2010. v. 1.

livre-em-onibus-da-regiao-metropolitana-4792089.html>. Acesso em: 22 out. 2017.

KOSINSKI, M.; STILLWELL, D.; GRAEPEL, T. Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, v. 110, n. 15, p. 5802-5805, 9 abr. 2013.

LISBOA, Vinícius. Renda média do brasileiro cai 1,9% em maio, informa IBGE. *EBC*, Brasília, 6 ago. 2014. Disponível em: < <http://www.ebc.com.br/noticias/economia/2015/06/renda-media-do-brasileiro-cai-19-em-maio-informa-ibge> >. Acesso em: 22 out. 2017.

MAYER, J.; MUTCHER, P. MetaPhone: The Sensitivity of Telephone Metadata. *Web Policy*, [S.l.], 12 mar. 2014.

NARAYANAN, Arvind; SHMATIKOV, Vitaly. Robust De-anonymization of Large Sparse Datasets. In: *Proceedings of the 2008 IEEE Symposium on Security and Privacy*, 2008, Washington: IEEE Computer Society. 2008. p. 111-125.

NATIONAL INFORMATION STANDARDS ORGANIZATION. *Understanding Metadata*. Bethesda: NISO Press, 2004. 17 p.

ORWELL, G. 1984. Tradução: Wilson Velloso. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Não paginado.

PEDUZZI, Pedro. MJ finaliza nova versão de anteprojeto sobre proteção de dados na internet. *EBC*, Brasília, 19 out. 2015. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-10/mj-finaliza-nova-versao-de-anteprojeto-sobre-protecao-de-dados-na-internet>>. Acesso em: 22 out. 2017.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. 550 p.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2005. 233 p.

RODOTÀ, S. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 382 p.

SCHNEIER, B. *Data and Goliath: the Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World*. New York: W. W. Norton & Company, 2015. 398 p.

SEVERIANO, Adneilson. Ônibus terão biometria facial após fraudes de R\$ 230 mil por mês, no AM. *G1 Amazonas*, Manaus, 23 nov. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2015/11/onibus-terao-biometria-facial-apos-fraudes-de-r-230-mil-por-mes-no-am.html>>. Acesso em: 22 out. 2017.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Dignidade humana na
websfera governamental
brasileira**

**Human dignity in brazilian
government websphere**

Luciana Cristina Souza

VOLUME 7 • Nº 3 • DEZ • 2017
DIREITO E MUNDO DIGITAL

Dignidade humana na webesfera governamental brasileira*

Human dignity in brazilian government websphere

Luciana Cristina Souza**

RESUMO

A pesquisa descrita neste artigo avaliou, nos últimos três anos, a qualidade da participação democrática brasileira com base em dois conceitos centrais, a cidadania digital e o reconhecimento de direitos emancipatórios aos cidadãos. Seu objetivo geral foi analisar e redimensionar o papel do Estado enquanto autoridade pública com base no princípio da resiliência estatal, que determina o estabelecimento de novos parâmetros de legitimidade das normas jurídicas, os quais estão vinculados à participação cidadã. Para tanto se empregou a metodologia a análise de dois relatos de experiências sobre o modo como o Poder Público tem interagido com a sociedade civil por meio de instrumentos supostamente colaborativos de tomada de decisão a respeito de políticas públicas. Também foram analisados dados do IPEA relativamente aos requisitos essenciais para a qualidade da cidadania, como o acesso a direitos fundamentais, de modo a observar o nível de distanciamento entre a proposta constitucional e a realidade social brasileira. Como resultado observou-se que a maior dificuldade para a implementação de um regime democrático efetivamente emancipatório no Brasil atual é o reconhecimento dos novos sujeitos políticos na esfera pública institucional, pois, ainda, se preserva no Estado um modo de gestão monopolista e, ainda, insuficientemente deliberativo, apesar das novas tecnologias digitais.

Palavras-chave: Cidadania. Democracia. Dignidade Humana. Estado de Direito. Resiliência.

ABSTRACT

The research described in this article evaluated the quality of Brazilian democratic participation in the last three years from two central concepts, digital citizenship and the recognition of emancipatory rights to citizens. Its general objective was to analyze and re-dimension the role of the State as a public authority based on the principle of state resilience, which determines the establishment of new parameters of legal legitimacy that are linked to citizen participation. To accomplish this, one use the methodology of analysis of two experiences' reports which describe how the Public Power has interacted with civil society through supposedly collaborative instruments of decision making about public policies. We also analyzed IPEA data regarding the essential requirements for the quality of citizenship, such as access

* Recebido em 24/10/2017
Aprovado em 30/11/2017

** Professora de Direito Constitucional do Mestrado em Relações Sociais e Econômicas da Faculdade de Direito Milton Campos; Professora da disciplina Estado Democrático e Políticas Públicas da FaPP/UEMG; Coordenadora do Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP), registrado no DGP-CNPq; Pesquisadora FAPEMIG. Email: dralucianacsouza@gmail.com

to fundamental rights, in order to observe the level of distance between the constitutional proposal and the Brazilian social reality. As a result, we concluded that the greatest difficulty for effectiveness in the implementation of an emancipatory and democratic regime in Brazil today is the recognition of new political subjects in the institutional public sphere, since a monopolistic and still insufficiently deliberative mode of management remains in the State, despite the new digital technology.

Keywords: Citizenship. Democracy. Human Dignity. Resilience. Rule of Law

1. INTRODUÇÃO

Considerando-se o cenário nacional contemporâneo, pode-se observar que as condições políticas e sociais no Estado de Direito brasileiro não são ainda plenamente favoráveis à efetivação da democracia, não obstante a expansão das formas de interação entre o Poder Público e os cidadãos mediada pelas novas tecnologias digitais. Isso ocorre porque, ainda, existem segmentos da população que estão excluídos do acesso aos meios de participação democrática como se pode aferir pela consulta à base de dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Segundo informações disponíveis no Atlas de Desenvolvimento Humano publicado pelo IPEA, a qualidade da vida no Brasil cresceu, apenas, 0,8% no período 2011-2015¹.

Essa taxa de crescimento representa, apenas, a metade do aumento ocorrido no período anterior (1,7%), o que indica uma regressão nas condições de vida dos cidadãos brasileiros. Outra pesquisa conduzida pelo IPEA a respeito de vulnerabilidade social revelou que o governo interrompeu avanços sociais importantes nos últimos dois anos, confirmando a hipótese defendida de que a cidadania brasileira foi prejudicada pelo compromisso precário do Poder Público para com suas obrigações constitucionalmente assumidas visando à efetivação de direitos fundamentais.

Diante desse contexto, questiona-se, como o fez Arend Lijphart², se um governo seria efetivamente “em nome do povo” quando atua em constante oposição às expectativas de participação que dele esperam os cidadãos no regime democrático proposto constitucionalmente. Especialmente na realidade atual, mais complexa e plural do que a democracia representativa liberal moderna, é inconcebível que o Estado tome decisões sob a perspectiva de uma democracia centrada nos valores éticos individualistas, pouco deliberativos e majoritários da Modernidade³. Para evitar isso, é necessária a construção de uma comunidade ética que equilibre os interesses particulares manifestados pelas liberdades individuais com princípios ordenadores das relações entre os atores sociais. Nesse cenário mais aberto à participação cidadã, um modelo consensual de democracia é, portanto, preferível ao modelo representativo moderno, porque confere maior empoderamento aos sujeitos sociais, que terão, conseqüentemente, melhores condições concretas de defenderem sua dignidade⁴.

Mas seria viável no Brasil? Considerando-se nossas peculiaridades sociais e, nos dias de hoje, também o rápido e intenso processo de adoção de tecnologias digitais na interação entre Estado e Sociedade civil, como a webesfera governamental pode se instrumentalizar e reorganizar, eticamente, para que a dignidade da pessoa humana seja nela respeitada? Para conduzir essas reflexões, parte-se do conceito de dignidade da pessoa humana do jurista peruano César Landa Arroyo, o qual será correlacionado com outras doutrinas decorrentes de uma perspectiva mais crítica do Estado e do Direito, uma vez que estabelece esse princípio como um limite obrigatório a ser considerado nas ações praticadas pela sociedade civil e pelo Estado vi-

1 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Atlas de Desenvolvimento Humano*, Radar 2011-2015. Disponível em: <<http://ivs.ipea.gov.br/index.php/pt/sobre>>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 2.

2 LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia*. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 17

3 LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia*. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 51

4 SOUZA, Pedro Bastos de. Benefícios de renda mínima como um direito fundamental: acesso à justiça e inclusão social. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (Online), Brasília, v. 6, n. 1, p. 166-183, 2016. p. 162

sando promover os valores da comunidade ética em que se vive⁵. De acordo com Arroyo, a dignidade da pessoa humana é uma *cláusula interpretativa* que condiciona a hermenêutica constitucional e o modo como o Estado atuará, visto que não tomar decisões ou legislar no sentido concreto de diminuir-lhe a efetividade.

Visto que é impossível uma situação de ataraxia social, deve o Poder Público dispor de mecanismos robustos e também democráticos de intermediação das ações dos múltiplos atores sociais de modo a reconhecer-lhes a autonomia enquanto sujeitos, sem permitir, contudo, a superposição de uns em relação aos outros. Igualmente, o próprio Estado deve ser limitado por mecanismos populares de controle visando a evitar regimes autoritários que minimizem e comprometam os direitos fundamentais. Tendo isso em vista, é crucial, como ensina Arroyo, que se adote um modelo cíclico de interpretação da dignidade da pessoa humana, compreendendo-se esse conceito tanto em sua acepção constitucional e axiológica, quanto na concretude de vida social⁶, na qual momentos de desrespeito são, infelizmente, experimentados por alguns sujeitos sociais a despeito da proposta constitucional de igualdade e cidadania. Para se alcançar a melhor proteção da dignidade humana, é mister aperfeiçoar os instrumentos públicos de exercício da democracia, tornando o Estado, dessa forma, mais resiliente à participação de outros atores.

2. DIGNIDADE HUMANA NA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Para compreender a importância da governança digital e da e-democracia, é primordial observar que a participação cidadã prevista no art. 1º da CR/1988 depende de alguns requisitos como a transparência dos conteúdos, infraestrutura de acesso tecnológico, pluralidade dos sujeitos atuantes na interação, e alguns outros que, porventura, demandem do Poder Público uma ação efetiva para assegurar a proatividade da população nas questões públicas. Mas, dentre eles, analisa-se aqui a extrema relevância do reconhecimento da dignidade humana constitucionalmente assegurada aos atores da sociedade civil que interagem nos fóruns políticos, especialmente quanto às decisões relativas a políticas públicas que afetam a vida concreta das pessoas. Também, se deve considerar o compromisso constitucional com a inclusão de todos os segmentos sociais, como assevera o art. 3º da CR/1988. Logo, a seguir-se a orientação habermasiana, a efetividade da participação cidadã em meio digital depende do reconhecimento recíproco entre os sujeitos atuantes na deliberação, seja em relações verticais do tipo Estado-Sociedade civil, sejam em relações horizontais do tipo cidadãos-cidadãos. Participar dos debates públicos visando à produção de consensos deve ser reflexo de um processo social de inclusividade, pois a elaboração de agendas públicas deve ser acessível a todos os interessados, considerando-se que o reconhecimento da dignidade dos sujeitos envolvidos na deliberação perpassa sua inserção na dinâmica social de disputa por recursos públicos, às vezes escassos. Esse pensamento, no cenário democrático da Carta Cidadã brasileira, vincula-se à proteção dos direitos fundamentais e às normas que os protegem. Isso porque é preciso buscar uma relação mais dialógica para a democracia brasileira, pautada na possibilidade de reconhecimento dos sujeitos participantes enquanto indivíduos por meio da norma, principalmente a de natureza constitucional por seu efeito vinculador quanto ao restante do ordenamento jurídico.

Deve-se manter em vista uma ótica comunitária nos processos decisórios políticos, especialmente quanto à formação da agenda de políticas públicas, pois se pode depreender da análise feita por Habermas ser realmente crucial que “...as conseqüências e efeitos colaterais, que (presumivelmente) resultarem para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos do fato de ser ela universalmente seguida, possam ser aceitas por todos os concernidos”⁷. O desafio ético do debate democrático é saber “como cada um dos

5 ARROYO, César Landa. Dignidad de la persona humana. *Ius et Veritas*, PUCP, n. 21, p. 10-25, 2000.

6 SOUZA, Pedro Bastos de. Benefícios de renda mínima como um direito fundamental: acesso à justiça e inclusão social. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (Online), Brasília, v. 6, n. 1, p. 166-183, 2016.

7 HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Bra-

demais participantes procuraria, a partir do seu próprio ponto de vista, proceder à universalização de todos os interesses envolvidos”⁸. A resposta para esse dilema, neste artigo, foi encontrada na proposta de análise apresentada por Jorge Miranda quanto ao conceito constitucional de dignidade da pessoa humana, que visa conciliar os aspectos “universal” e “concreto” da efetivação da norma jurídica.

Historicamente direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana não nasceram e se desenvolveram como conceitos irmãos⁹ ¹⁰, mas aproximaram-se e se vincularam ao longo dos últimos anos de modo perceptível. Enquanto a dignidade humana teve uma origem de ética religiosa, os direitos fundamentais foram decorrência do pensamento moderno iluminista de garantia das liberdades. Mas, após o advento do Estado do Bem Estar Social e diante da necessidade de se assegurar efetividade material a esses direitos, tratados de modo meramente formal no positivismo, desenvolveu-se uma ligação jurídico-positiva entre eles, a qual passou a constar das Constituições, notadamente após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) em que regimes totalitários degradaram a dignidade da pessoa humana. A partir dessa época, esse princípio passou a constar dos textos constitucionais como valor absoluto vinculado à democracia¹¹. Todavia, embora tenha esse caráter, isso não afasta a possibilidade de, no cotidiano social, avaliar-se se há ofensa à pessoa humana em situações concretas que permitam limitar o que se compreende por “dignidade”.

Jorge Miranda explica essas duas acepções. A primeira dela, axiológica, trata a dignidade humana como princípio fundamental do ordenamento constitucional democrático. A segunda, avaliada nos conflitos vividos pelos indivíduos no seu dia a dia e de caráter relativo, é denominada de dignidade da pessoa concreta, a qual é passível de ponderação frente à outra dignidade que, no mesmo caso, tenha sido ofendida¹². A dignidade humana “universal” é norteadora das ações estatais; a dignidade da pessoa “concreta” autoriza o cidadão cujos direitos fundamentais tenham sido prejudicados pela ação de outrem (o Estado ou outro ator da sociedade civil) a pleitear o reconhecimento de sua subjetividade.

Desse modo, a dignidade humana é requisito essencial do regime democrático brasileiro tendo em vista seu caráter ideal abstrato que orienta as decisões do Poder Público no sentido de implementar políticas públicas que efetivem direitos fundamentais e garantam a qualidade de vida dos cidadãos. Em seu sentido mais amplo a “dignidade de cada pessoa é incindível da de todas as outras e envolve responsabilidade”¹³ e, em virtude dessa premissa, há nela um sentido comunitário, justificando o papel mediador do Estado quanto aos conflitos entre interesses particulares¹⁴. Mas, como a pessoa humana, é “irredutível, insubstituível”¹⁵, é crucial, também, que o ordenamento jurídico a proteja e à qualidade de vida que cada cidadão, em particular, espera alcançar no regime democrático no uso da liberdade individual¹⁶. Nesse sentido os mecanismos práticos de participação servem para que os cidadãos possam se manifestar quando o Estado ou outro grupo social ofenda direitos fundamentais pertencentes a algum segmento social ou pessoa na sua vida privada.

sileiro, 2013. p. 86 (Biblioteca Tempo Universitário, n. 84).

8 HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. 2. ed. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: M. Fontes, 2007. (Coleção Tópicos. p. 10)

9 MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. *Justitia*, São Paulo, v. 67, n. 201, p. 359-385, jan./dez. 2010. p. 360

10 HABERMAS, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, v. LV, n. 64, p. 3-25, maio 2010. p. 5-6

11 MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. *Justitia*, São Paulo, v. 67, n. 201, p. 359-385, jan./dez. 2010. p. 364

12 MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. *Justitia*, São Paulo, v. 67, n. 201, p. 359-385, jan./dez. 2010. p. 365

13 MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. *Justitia*, São Paulo, v. 67, n. 201, p. 359-385, jan./dez. 2010. p. 369

14 HABERMAS, Jürgen. Espaço Público – Verbete. Tradução de Edmilson Alves de Azevêdo. *Revista Internacional de Filosofia*, v. 3, n. 2, p. 218-227, 2012. p. 219.

15 MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. *Justitia*, São Paulo, v. 67, n. 201, p. 359-385, jan./dez. 2010. p. 365

16 MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. *Justitia*, São Paulo, v. 67, n. 201, p. 359-385, jan./dez. 2010. p. 366-367

Considerando-se a duplicidade de aspectos da dignidade humana — como princípio e como concretude — o jurista português afirma que ela:

1) Justifica a busca (e a luta) por qualidade de vida e do nível de reconhecimento democrático como cidadãos, o que nos leva a refletir sobre a obrigação do estado em cumprir as metas do Índice de Desenvolvimento Humano para assegurar condições materiais adequadas para que os cidadãos possam viver e interagir em sociedade sem a contínua preocupação com a sobrevivência, e também usufruindo de espaços plurais para manifestação de suas identidades^{17 18};

2) Reporta-se a todos e, também, a cada pessoa individual e concreta, pois sua concreção depende de uma relação comunitária voltada às questões compartilhadas no convívio social, mas na qual também exista espaço para a realização individual que permite a cada indivíduo a fruição do seu direito à autodeterminação;

3) Depende, ainda, das aptidões cívicas, pois o exercício da cidadania no âmbito de um regime que pretenda assegurar em sua norma fundamental um modelo de democracia deliberativa depende de instrumentos participativos ofertados pelos órgãos governamentais visando implementar métodos ativos de participação da sociedade civil nos processos decisórios;

7) Equilibra a vontade popular com a dignidade da pessoa concreta, pois é fulcral evitar “ditadura de maiorias” em regimes que privilegiem processos majoritários, para garantir que as relações sociais complexas e plurais da sociedade democrática respeitem grupos minoritários e mesmo o indivíduo considerado particularmente.

Um exemplo dessa necessidade de equilíbrio entre a dignidade humana como princípio geral e da dignidade da pessoa concreta pode ser observado nos orçamentos participativos. Nessas deliberações públicas, é importante assegurar-se que as preferências dos diversos grupos envolvidos no debate sejam ouvidas, mas sem perder o sentido comunitário de orçamento público. Assim, os recursos estatais podem ser distribuídos em favor de segmentos específicos, mas levando em consideração a repartição das verbas sob a égide do princípio da equidade e da Teoria do Reconhecimento, que estabelecem limites ao controle privado sobre os processos decisórios em relação à agenda de políticas públicas.

A busca por esse equilíbrio razoável, segundo Henrique Cláudio de Lima Vaz, decorre da matriz ternária que define a ética comunitária em que as relações sociais acontecem. A ética em sua acepção mais “universal” possui um princípio ordenador que evita o domínio de interesses privados por que eleva a pessoa humana para além “da contingência de sua individualidade empírica”¹⁹. Logo, infere-se que a dignidade da pessoa humana, em sua acepção mais ampla, age como um princípio ordenador para essa comunidade de cidadãos. Com isso, elege elementos essenciais para essa ordenação e cria um modelo de ordem que possa servir de referência para os sujeitos. A harmonia entre a vontade popular e a dignidade da pessoa concreta é, dessa forma, primordial. Sistemas que enfatizem decisões majoritárias tendem a ser excludentes; da mesma forma, paradigmas com ênfase individualista baseada no poder pessoal de cada ator da deliberação prejudicam pessoas e grupos hipossuficientes. Isso é o que às vezes acontece na participação popular em conferências públicas, consoante aponta o jurista Alexandre Cambraia N. Vaz em seu estudo sobre modelos de participação social:

No caso das Conferências, é possível afirmar que, embora abertas à participação de qualquer cidadão, tende a existir uma força maior da lógica *free-rider*, já que, no geral, lidam com poucos incentivos seletivos por tratarem de diretrizes e normativas amplas de áreas temáticas específicas. Assim, os maiores participantes tendem a ser aqueles indivíduos já participantes da temática, com relativa compreensão de

17 Ver também: HABERMAS, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, v. LV, n. 64, p. 3–25, maio 2010. p. 8

18 HONNETH, Axel. Recognition and Justice: Outline of a Plural Theory of Justice. *Acta Sociologica*, v. 47, n. 4, p. 351-364, dez. 2004. p. 356

19 VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e direito*. São Paulo: Landy; Loyola, 2002. p. 172

suas dinâmicas e problemas e capazes de formular ideias e questões acerca de suas bases normativas.²⁰

Assim, a maneira mais adequada de se propiciar a deliberação pública no ordenamento jurídico consiste em manter o equilíbrio entre a dignidade humana vista de modo geral para o bem da sociedade e a dignidade da pessoa concreta que precisa ter sua identidade respeitada e reconhecida em sociedades complexas e plurais. No cenário atual, um grande desafio é “encontrar uma forma histórica de efetivação para o princípio do reconhecimento” pelo qual os indivíduos almejam ter acesso concreto à sua dignidade e que possa, também, “assegurar a estruturação de uma comunidade ética universal”²¹. Essa reflexão atinge a webesfera governamental, pois as redes sociais e os demais espaços interacionais digitais que as tecnologias atuais oferecem diversificam os espaços de discussão e decisão de um modo até recentemente não previsto pelos órgãos da estrutura estatal.

O equilíbrio descrito por Henrique Cláudio de Lima Vaz deve estar presente nas deliberações entre movimentos sociais, nas Conferências públicas, nos sítios eletrônicos governamentais. Por meio dele, se preserva a comunidade ética, o que fortalece o princípio ordenador, o modelo de ordem e os elementos ordenadores da matriz ternária por ele apresentada, sem que isso prejudique o reconhecimento histórico de direitos fundamentais dos quais a pessoa humana concreta precisa para garantir a sua dignidade na vida cotidiana. Ausente esse equilíbrio, os cidadãos podem sofrer, utilizando um termo cunhado pelo filósofo brasileiro Alberto Oliva, de uma “solidão da cidadania” porque perdem as capacidades comunicativas que o reconhecimento pelo Estado asseguraria. Correrá o risco, nesse caso, de se tornar apenas meio para que os governantes atinjam os fins políticos que almejam, sem qualquer vinculação das políticas públicas implementadas para com os anseios da comunidade ética, crítica também apontada por Eduardo Novoa Monreal²².

Dessa forma, a plena cidadania somente é alcançável “por meio de uma longa e penosa construção de modelos de relações sociais assentados em valores” éticos²³. Deriva de um processo de construção social no qual cada pessoa é, e deve ser, sujeito dignamente tratado e cujos direitos fundamentais sejam assegurados no campo histórico-pessoal e no campo comunitário. Por isso, garantir que a dignidade seja efetivada em sua dupla acepção, como indicado por Miranda, é essencial para o regime democrático brasileiro seja mais favorável à coexistência da diversidade de práticas cidadãs éticas e possíveis de serem efetivadas na interação sociopolítica, como se verá nos dois tópicos a seguir.

2.1. Dignidade humana e resiliência estatal

Diante do desafio apontado, conciliar diferentes percepções de dignidade, é fulcral no Estado Democrático de Direito. Ao formular uma parceria com a sociedade civil, ele legitima a sua agenda de políticas públicas por ter sido essa elaborada em um processo político e social que acolhe o debate público e transparente entre os cidadãos. Isso implica, também, reconhecer sujeitos e argumentos diversos na interação política, os quais poderão sobre ela interferir, demandando uma estrutura governamental mais adaptável às contingências, mas sem que esta seja frágil a ponto de fragmentar o arcabouço do Estado Democrático de Direito pela imposição de vontades particulares ao interesse público. Essa capacidade de permitir a ação dos grupos articulados de cidadãos e, ao mesmo tempo, de conservar os fundamentos públicos e constitucionais do Estado e do regime democrático se denomina de *princípio da resiliência estatal*²⁴.

20 VAZ, Alexander Cambráia N. Modelando a participação social: uma análise da propensão à inserção em Instituições Participativas, a partir de características socioeconômicas e políticas. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 10, p. 63-106, jan./abr. 2013. p. 96

21 VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e direito*. São Paulo: Landy; Loyola, 2002. p. 175

22 MONREAL, Eduardo Novoa. *El derecho como obstáculo al cambio social*. 13. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 1999. p. 102-103

23 OLIVA, Alberto. *A solidão da cidadania*. São Paulo: SENAC, 2000. p. 16-17 (Coleção Livre Pensar).

24 SOUZA, Luciana Cristina de. *Aplicação do princípio da resiliência às relações entre Estado, Direito e Sociedade Civil*. 2012. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, Belo Horizonte, 2012. p. 24-25.

Ela se harmoniza com a análise democrática habermasiana: “Por Espaço Público entendemos inicialmente o âmbito da nossa vida social no qual se pode formar algo assim como a opinião pública. A rigor, o acesso a ele está aberto a todos os cidadãos”²⁵. Assim, por meio da deliberação dos sujeitos privados entre si e com o Poder Público seria elaborada uma diretriz democrática e as questões comunitárias seriam solucionadas tendo por fundamento o princípio da dignidade humana sob o princípio ordenador da comunidade ética²⁶. O Estado resiliente, portanto, é aquele que oferece instrumentos governamentais eficientes e participativos pelos quais há uma constante fluxo de informações entre os sujeitos envolvidos — Poder Público e cidadãos — visando ao reconhecimento de demandas oriundas da sociedade sob a orientação técnica dos especialistas estatais. A resiliência estatal, portanto, reflete a dignidade humana enquanto expressão da cidadania.

[...] a resiliência é uma ação, não apenas um princípio abstratamente refletido. Por isso, para sua adequada aplicação na vida social, depende do preenchimento de algumas condições concretas: a) arranjos institucionais capazes de permitir a ação dos cidadãos, ampliando sua interação com o Estado; b) um discurso legítimo e claro que exprima verdadeiramente as intenções dos envolvidos; c) a organização ética das ações dos participantes, principalmente sob a ótica dos grupos sociais que disputam entre si demandas junto ao Estado, para evitar a superposição dos mais fortes.²⁷

Aqui, porém, é necessário apontar a posição divergente de Axel Honneth quanto à forma como o reconhecimento dessa dignidade acontece na vida cotidiana, visto que esse autor apresenta, em sua teoria, uma discordância quanto à Habermas no modo de se alcançá-lo. Segundo Honneth, em sua Teoria Social, o reconhecimento até pode nascer de um consenso deliberativo em que os atores sociais cheguem a um entendimento por meio da ação comunicativa buscando uma pretensão de validade criticável pela via da interpretação pragmática da linguagem usada no discurso entre os participantes, como proposto por Habermas. Mas esse ideal ético de conduta política e social é ignorado em diversas situações concretas nas quais os sujeitos se enfrentam e disputam o atendimento de suas demandas pelo Estado. E, nesses casos, para Honneth a teoria habermasiana encontraria o seu limite, pois a autoridade estatal tem o dever de assegurar os direitos fundamentais e garantir a dignidade humana mesmo em cenários cujo modelo de deliberação não pode ser explicado e desenvolvido de modo prático tão somente por um estudo pragmático da linguagem nos discursos dos atores sociais.

Esse caráter estratégico da luta por reconhecimento às vezes é imprescindível, realmente, para abrir espaço nos fóruns públicos e assegurar a dignidade humana a grupos minoritários. Essa perspectiva é compartilhada pelo constitucionalista brasileiro Daniel Sarmento.

Para Daniel Sarmento, as ações de litígio estratégico têm uma preocupação com a transformação da realidade para além de um caso particular, ainda que não sejam apenas ações que se realizam no âmbito estrito do sistema judiciário. Há diversas modalidades de litígio estratégico. Pode-se, inclusive, afirmar que, por vezes, seu objetivo é efetivamente ganhar uma causa, mas, em outras situações, o litígio estratégico pode ser usado para chamar a atenção para um problema que estava invisível para a sociedade, projetando luz onde havia sombra.²⁸

Assim, as experiências comuns de desrespeito vivenciadas por alguns sujeitos os uniria em prol da luta pelo reconhecimento²⁹. E isso se justifica, aliando esse pensamento à análise de Alberto Oliva, porque “há

25 HABERMAS, Jürgen. Espaço Público – Verbet. Tradução de Edmilson Alves de Azevêdo. *Revista Internacional de Filosofia*, v. 3, n. 2, p. 218-227, 2012. p. 218

26 HABERMAS, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, v. LV, n. 64, p. 3–25, maio 2010. p. 10

27 SOUZA, Luciana Cristina de. *Aplicação do princípio da resiliência às relações entre Estado, Direito e Sociedade Civil*. 2012. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, Belo Horizonte, 2012. p. 158

28 FUNDO BRASIL EM DIREITOS HUMANOS. *Litigância estratégica em Direitos Humanos: experiências e reflexões*. São Paulo: Escola de Direito da FGV, 2016. Disponível em: <<http://www.fundodireitoshumanos.org.br/wp-content/uploads/2016/12/litigancia-estrategia-1.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2017

29 HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003. *passim*; HONNETH, Axel. Recognition and Justice: Outline of a Plural Theory of Justice. *Acta Sociológica*, v. 47, n. 4, p.

normas que se impõem por si mesmas, independentemente de variações contextuais, por encarnarem valores absolutos”³⁰, como a proibição de tortura e outras regras cuja máxima da proteção à dignidade humana se sobrepõe às questões concretas, como explicou Miranda. Nesse cenário, a resiliência estatal significa, então, o compromisso do Estado em democratizar os meios de participação dos cidadãos em seus processos decisórios, como a agenda de políticas públicas, ao mesmo tempo em que media e defende o equilíbrio ético nas disputas cotidianas por reconhecimento das dignidades concretas.

Esclarece-se aqui que há uma divergência entre Jürgen Habermas e Axel Honneth a respeito do papel dos atores sociais na deliberação pública, pois enquanto o primeiro critica a chamada “pressão das ruas” como forma de construção do espaço público, o segundo enxerga nesses movimentos um processo social legítimo de discussão sobre o reconhecimento de direitos fundamentais, como se explicará mais adiante. Todavia se recorda que o próprio Habermas em *A ética da discussão e a questão da verdade* deixa claro que não pretendeu escrever uma teoria social, mas, sim, uma teoria discursiva por um estudo pragmático da linguagem. Como este artigo se dedica a analisar a dignidade humana em sua relação concreta com a webesfera governamental na experiência brasileira — e não um sentido preditivo de “verdade” sobre esse princípio —, é metodologicamente aceitável recorrer-se a ambas as teorias de reconhecimento para analisar o aspecto deliberativo da cidadania no ambiente complexo e plural da interação na esfera digital.

Principalmente porque, como afirma Honneth, uma democracia deve criar suas próprias condições de existência formando pela educação para a cidadania os indivíduos da sociedade. Embora possa haver a necessidade de luta por direitos fundamentais e dignidade, deve-se, também, promover-se o esforço inicial de um diálogo entre os sujeitos³¹. Nesse sentido, entende-se que a educação para a cidadania contribuiria para a promoção da dignidade pela aprendizagem dos valores da comunidade ética, e a necessidade de confronto para garantir reconhecimento revelaria uma falha no processo de formação dos indivíduos para a vida comunitária e, ainda, para o respeito à dignidade da pessoa concreta, notadamente das minorias. Igualmente, ensinar-se uma nova cultura jurídica aos juristas e aos políticos para que sua atuação juntamente ao Estado e por meio dele seja mais resiliente depende da reeducação desses atores no âmbito de seu processo de formação profissional visando capacitá-los para agirem mais deliberativa e democraticamente, no espírito da Constituição Cidadã brasileira. Porém, mesmo a efetivação do texto constitucional que assegura a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais é um aprendizado. Ainda é uma luta persistente o esforço fazer valer a supremacia constitucional e os princípios que orientam a comunidade ética voltada para a proteção da dignidade tendo em vista o que expõe Luigi Ferrajoli: “De fato, até cinquenta anos atrás, não existia, no senso comum dos juristas, a ideia de uma lei sobre as leis e de um direito sobre o direito. E era inconcebível que uma lei pudesse vincular a lei, sendo esta a única fonte, por isso onipotente”³².

A consequência dessa postura era a centralização do que era o “direito” e, em decorrência a dignidade, nas mãos dos legisladores, bem como a “idealização da lei” como sendo um sistema fechado e que se basta a si mesmo³³. Considerando-se os problemas éticos da representação política e a participação precária de alguns segmentos sociais juntamente a órgãos governamentais em seus processos decisórios, identifica-se uma democracia procedimental-parlamentar, em que o “poder do povo” é um resultado do desenvolvimento técnico-burocrático estatal, não resulta da *práxis* cidadã e, como decorrência, dialoga pouco com o meio social antes de definir o que é o direito. É primordial, então, despertar-se a Constituição do que Luigi Ferrajoli denomina de processo de hibernação, o qual é causado pela inércia do Estado e de seus agentes políticos, jurisdicionais e administrativos em compreender o verdadeiro significado desta Carta juntamente

351-364, dez. 2004. p. 354

30 OLIVA, Alberto. *A solidão da cidadania*. São Paulo: SENAC, 2000. p. 102-103 (Coleção Livre Pensar).

31 HONNETH, Axel. La educación y el espacio público democrático: Un capítulo descuidado en la Filosofía política. *Isegoria - Revista de Filosofía Moral y Política*, n. 49, p. 377-395, jul./dez. 2013. p. 379-380

32 COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: M. Fontes, 2006. p. 435-436

33 MONREAL, Eduardo Novoa. *El derecho como obstáculo al cambio social*. 13. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 1999. p. 64

à realidade em que nasce³⁴.

Diante desse cenário, a aplicação do princípio da resiliência estatal às relações entre Estado e cidadãos poderia assegurar a efetividade do regime democrático e do exercício da cidadania ativa, visto a relevância das características que apresenta:

1. Reconhece a capacidade dos cidadãos para agir nos processos de tomada de decisões junto ao Poder Público;

2. Atribui-lhes, ainda, poder fiscalizador para que exista um controle externo oriundo da sociedade civil e assim se evite governos autoritários;

3. Exige do Estado transparência em todas as suas ações, motivo pelo qual este deve criar mecanismos públicos e de fácil acesso para interagir com o cidadão;

4. Exige novo formato de governança, por causa disso, na qual tanto os aspectos técnicos quanto democráticos são contemplados para se cancelar as ações estatais com o reconhecimento de sua eficiência;

5. Cria uma nova noção de responsividade, ou seja, o Estado resiliente deve oferecer ferramentas acessíveis e compreensíveis pelas quais responde ao cidadão com agilidade, principalmente se considerados os instrumentos disponíveis em virtude das novas tecnologias, além de assegurar o compromisso com essas respostas, cuja não execução deve sempre ser justificada aos cidadãos, o que pode ser feito pelo aperfeiçoamento dos instrumentos de *accountability*;

6. Protege os direitos fundamentais diante dos conflitos entre segmentos sociais distintos e que não usufruam do mesmo aporte de poder, garantindo a proteção aos mais fragilizados democraticamente;

7. Reconhece novos sujeitos que, porventura, possam surgir, evitando formular um modelo de ordenamento jurídico fechado em si mesmo e pouco dialogal;

8. Defende a diversidade com limites jurídicos, ou seja, os indivíduos devem poder usufruir de suas liberdades pessoais adstritos ao respeito ao outro e aos valores da alteridade, garantindo-se a resiliência, também, nas relações interpessoais;

9. Tem por base a ética nas relações sociais plurais existentes, pois seja nas interações Estado-cidadãos, ou naquelas entre os próprios segmentos da sociedade civil, devem-se garantir os princípios consignados na Constituição Cidadão, entre eles a dignidade da pessoa humana.

Tomando por escopo essas reflexões, defende-se uma postura mais crítica na análise dos instrumentos da webesfera governamental que se destinam a efetivar a dignidade humana por meio da cidadania digital. É preciso evitar a todo custo que se tornem mera informatização procedimental, o que serviria para manter o *status quo ante*, em vez de incluir sujeitos no cenário constitucional e político contemporâneo. A inclusão digital é parte relevante de um projeto nacional de participação democrática no qual todos devem ser reconhecidos como sujeitos, como tenciona a Constituição da República brasileira de 1988 em seus art. 1º e 3º que defendem a dignidade e proíbem a discriminação. Também reforçam a cidadania como participação direta e proporcionalmente distribuída nas distintas regiões de nosso território. Essa equidade é primordial para que se possa evita uma “sociedade dual” dividida por uma competição acirrada entre “integrados e excluídos”³⁵.

A seguir serão analisadas algumas experiências de pesquisa a respeito da participação digital ou e-participação nos ambientes digitais governamentais com o intuito de exemplificar o contexto sociojurídico até aqui descrito. A primeira é de natureza teórica e de coleta de dados. Revela um importante diagnóstico da realidade brasileira e foi desenvolvida pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Seu papel nesse artigo é con-

34 COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: M. Fontes, 2006. p. 437

35 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 78

tribuir com um diagnóstico recente e adequado sobre as reais condições de acesso à e-democracia no Brasil.

A segunda é o relato de uma pesquisa-ação promovida por um coletivo popular em Belo Horizonte sob a perspectiva da advogada-popular que atua, juridicamente e como pesquisadora, juntamente às atividades promovidas pelo Observatório do Funk do Aglomerado da Serra, comunidade muitas vezes alijada do acesso a serviços públicos essenciais e do reconhecimento de seus moradores como cidadãos. Por meio desse depoimento, se quer evidenciar, por meio de uma experiência concreta, alguns dos problemas apontados pelo relatório FGV. A fruição dos benefícios da e-democracia requer mais da mera existência da webesfera, mas também o compromisso efetivo do Estado em fomentá-la por meio do fornecimento da infraestrutura adequada aos diversos segmentos sociais.

3. RELATOS DE EXPERIÊNCIAS DE PESQUISAS

A análise de exemplos contribui para a compreensão da dignidade na webesfera, pois se acredita que a participação pode corrigir falhas na distribuição do acesso a direitos, o que contribui para o desenvolvimento da pessoa humana como proposto pelos artigos 1º e 3º da CR/1988. No cenário atual, como a internet se tornou uma importante fonte de informação da população e de controle da transparência estatal, tornou-se imprescindível assegurar que a cidadania, também, seja preservada nas relações digitais, sejam elas verticais ou horizontais. Enquanto mídia de comunicação, é essencial que a webesfera governamental não seja utilizada como forma de controle privado ou elitista das informações que a população necessita para que sua participação nos processos deliberativos seja eticamente, respeitada. Sem estabelecer-se limites jurídicos e políticos claros, poderá esta mídia se tornar um espaço fechado à diversidade social e aos segmentos minoritários, como hoje ocorre com o rádio e a televisão³⁶.

Considerando-se tais apontamentos, examina-se a e-democracia sob o aspecto de uso da mídia digital. Para isso será apresentada uma pesquisa-diagnóstico da Fundação Getúlio Vargas que aponta alguns dos principais desafios que se terá que enfrentar para proteger a dignidade humana na webesfera governamental considerando-se a infraestrutura e condições atualmente existentes. Em seguida, já no campo da fruição concreta desses instrumentos por pessoas comuns, são apontados os desafios enfrentados pelos jovens da periferia de Belo Horizonte, *in casu*, na comunidade do Aglomerado da Serra, para sua inclusão como cidadãos nos processos locais de tomada de decisão, não obstante a informatização dos sistemas de informação e participação popular.

3.1. Desafios dos modelos atuais de participação digital – pesquisa FGV

A participação digital é conceituada como um subtópico de e-Democracia pelo grupo de pesquisa FGV e, para que ela possa se desenvolver adequada e inclusivamente nesse contexto de interação político-democrática, “a informação torna-se um ingrediente essencial”³⁷. Após analisar dezoito diferentes iniciativas e plataformas de e-Participação, esta pesquisa concluiu que a maior concentração de novos instrumentos interacionais tecnológicos ocorre na esfera municipal³⁸, o que reforça a importância da esfera local como aquela

36 BARROS, Bruno Mello Correa de; OLIVEIRA, Rafael Santos de. O poder político e a mídia de massa: a perspectiva da fiscalização de concessões e outorgas de radiodifusão no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (Online), Brasília, v. 7, n. 2, p. 368-38, 2017.

37 FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Projeto Democracia Digital* - Experiências governamentais brasileiras de eParticipação. São Paulo: Escola de Administração de Empresas de São Paulo; Centro de Estudos em Administração Pública e Governo; Escola de Direito; Grupo de Ensino e Pesquisa em Inovação, 2015. p. 15

38 FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Projeto Democracia Digital* - Experiências governamentais brasileiras de eParticipação. São Paulo: Escola de Administração de Empresas de São Paulo; Centro de Estudos em Administração Pública e Governo; Escola de Direito; Grupo de Ensino e Pesquisa em Inovação, 2015. p. 20

potencialmente mais participativa visto que está mais próxima das discussões dos atores sociais. Todavia, essa forma de participação cidadã, ainda, precisa de investimentos, pois, como a pesquisa evidencia, há uma desproporção significativa entre o sudeste e as demais regiões, especialmente quanto à Norte e à Nordeste.

A observação dessa realidade comprova que o compromisso com a dignidade humana constitucionalmente defendida, na seara da e-Participação, perpassa o art. 3º da CR/1988, pois será imprescindível corrigir as desigualdades regionais no acesso a meios tecnológicos para efetivar o princípio democrático e assegurar que os direitos fundamentais dos cidadãos sejam assegurados faticamente. Considerando-se a percepção da dignidade humana da pessoa em concreto, consoante Jorge Miranda, tem-se, também, o desafio de enfrentar o problema das distorções quanto à “disponibilização das ferramentas facilitadoras” — Suporte/Ajuda, Mapa do site etc.³⁹ — de acesso digital, visto que, para muitos cidadãos, manusear as novas tecnologias digitais é, ainda, tarefa complexa, notadamente para as gerações anteriores, formadas em um contexto sociocultural mais analógico.

Outro aspecto é a conciliação entre meios digitais bidirecionais (comunicação recíproca entre órgão público e cidadãos) e unidirecionais (meramente informativos, habilitando o acesso aos conteúdos governamentais). Em ambos os casos, a pesquisa da Fundação Getúlio Vargas constatou que nem sempre estão disponíveis ferramentas de manifestação de preferências pelos participantes da sociedade civil⁴⁰ e que “as experiências de participação digital se envolvem principalmente com as fases de formação de agenda e de formulação de políticas, fases anteriores à efetiva tomada de decisões”⁴¹. E, ainda, ressaltando a importância do art. 3º da CR/1988, percebe-se que é fulcral estimular a distribuição das formas de participação pelo território e entre segmentos sociais que competem por recursos públicos.

Diante disso, pode-se inferir que o perfil da e-democracia brasileira é parcialmente participativo. É necessário promover seu aperfeiçoamento por meio de ações que objetivem:

a) combinar ferramentas de e-participação para que se possa viabilizar ao cidadão o diálogo bem informado pela transparência dos conteúdos e, igualmente, a manifestação de suas contribuições ao processo decisório, uma vez tendo tido possibilidades concretas de se informar a respeito da agenda em pauta;

b) agregar essas preferências para produzir políticas públicas comunitárias e de amplitude mais ampla entre os cidadãos, para tanto investindo em ferramentas que visem a diminuir a competitividade entre os segmentos sociais, pois, infelizmente, nos modelos atuais “a participação individualizada é privilegiada”⁴², o que pode favorecer o controle do processo de tomada de decisões em prol de grupos mais fortes política ou economicamente;

c) ampliar os fóruns e outros instrumentos de participação digital, bem como suprir as necessidades estruturais de acessibilidade, visto que a legitimidade dos procedimentos deliberativos depende das condições equânimes entre os cidadãos no momento de se manifestarem e da capacidade de efetivamente exercer influência sobre os processos decisórios — empoderamento e cogovernança — fato que, ainda, apresenta um índice ínfimo nos modelos disponíveis de participação⁴³.

39 FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Projeto Democracia Digital* - Experiências governamentais brasileiras de eParticipação. São Paulo: Escola de Administração de Empresas de São Paulo; Centro de Estudos em Administração Pública e Governo; Escola de Direito; Grupo de Ensino e Pesquisa em Inovação, 2015. p. 24

40 FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Projeto Democracia Digital* - Experiências governamentais brasileiras de eParticipação. São Paulo: Escola de Administração de Empresas de São Paulo; Centro de Estudos em Administração Pública e Governo; Escola de Direito; Grupo de Ensino e Pesquisa em Inovação, 2015. p. 30

41 FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Projeto Democracia Digital* - Experiências governamentais brasileiras de eParticipação. São Paulo: Escola de Administração de Empresas de São Paulo; Centro de Estudos em Administração Pública e Governo; Escola de Direito; Grupo de Ensino e Pesquisa em Inovação, 2015. p. 36

42 FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Projeto Democracia Digital* - Experiências governamentais brasileiras de eParticipação. São Paulo: Escola de Administração de Empresas de São Paulo; Centro de Estudos em Administração Pública e Governo; Escola de Direito; Grupo de Ensino e Pesquisa em Inovação, 2015. p. 31

43 FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Projeto Democracia Digital* - Experiências governamentais brasileiras de eParticipação. São

Nesse cenário, pode-se perceber que, infelizmente, as condições concretas de fruição da e-democracia não são plenamente favoráveis a todos os segmentos sociais brasileiros. É importante ressaltar que toda pesquisa, mesmo aquelas voltadas a diagnósticos mais estatísticos como a realizada pela Fundação Getúlio Vargas, voltam-se a fornecer conhecimento sobre a realidade e as pessoas que nela vivem e dentro dela experimentam, ou não, *status* de cidadãos. Por isso, para promover a efetividade da dignidade da pessoa humana constitucionalmente prevista no Brasil, é crucial que sejam implementadas políticas públicas que visem incluir as pessoas alijadas em “zonas de exclusão”, como se verá a seguir, por meio das informações fornecidas pelo Observatório do Funk em Belo Horizonte.

3.2. Coletivo Observatório do Funk

A participação cidadã que se vale da webesfera supostamente poderia promover melhor a dignidade humana dos indivíduos nela envolvidos devido ao potencial de comunicação que as novas tecnologias propiciam. No entanto, com revelou o diagnóstico realizado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), o contexto social de interação vigente não tem correspondido à expectativa de inclusão em esferas deliberativas por alguns segmentos sociais. Um exemplo de que a fruição de todo o potencial da e-democracia nem sempre se efetiva pode ser observado juntamente à comunidade carente do Aglomerado da Serra, situada no Município de Belo Horizonte, Minas Gerais. Conforme verificado pela pesquisa-ação promovida no âmbito do Observatório do Funk⁴⁴, grupo ativo nesta comunidade, pela pesquisadora Máira Neiva Gomes⁴⁵, a atuação do Poder Público tem deixado a desejar quanto ao reconhecimento desses sujeitos como cidadãos plenamente incluídos junto aos serviços estatais. Segundo as informações fornecidas pela professora Máira, que é advogada popular e responsável por diversas iniciativas do projeto, muitas demandas e opiniões dos moradores do Aglomerado não são respondidas, o que mostra a unidirecionalidade dos meios interativos entre o Estado e a população da Serra, problema que segundo o diagnóstico da FGV tem sido recorrente em vários casos.

Para melhor compreensão, esclarece-se que o Observatório do Funk é um coletivo popular que reúne docentes, advogados/as populares, jornalistas midiativistas e produtores culturais da comunidade do Aglomerado da Serra, uma área urbana carente da capital mineira, excluída de muitas formas da inserção na cidade e em suas políticas públicas. Os objetivos centrais são: a) analisar os instrumentos de inclusão social e cultural dos jovens da periferia junto às políticas públicas desenvolvidas pela Prefeitura do Município de Belo Horizonte; b) aplicar o conhecimento acadêmico e jurídico da faculdade de Direito à luta por direitos fundamentais dos moradores; c) usar as ferramentas digitais, especialmente as redes sociais, para divulgar as atividades do coletivo, quase sempre excluídas das mídias tradicionais. Os meios digitais empregados para divulgar o projeto e promover a interação entre o Aglomerado e o “asfalto” — usando-se a nomenclatura de Boaventura de Sousa Santos — são principalmente Facebook, Instagram, Jornais Populares com edições virtuais e rádios com transmissão virtual, nos quais os principais atores sociais envolvidos são os moradores de favelas e os Movimentos sociais de Ocupação Urbana (MLB).

A webesfera é importante porque facilita a comunicação entre os atores e destes com o restante da sociedade, visto seu baixo custo e possibilidade de criação de espaços virtuais compartilhados por todos os sujeitos, visto que a estrutura estatal convencional já não é mais suficiente para proteger os direitos humanos

Paulo: Escola de Administração de Empresas de São Paulo; Centro de Estudos em Administração Pública e Governo; Escola de Direito; Grupo de Ensino e Pesquisa em Inovação, 2015. p. 43

44 OBSERVATÓRIO DO FUNK. [Homepage]. Disponível em: <<https://pt-br.facebook.com/observatoriodofunk/>>. Acesso em: 20 out. 2017.

45 GOMES, Máira Neiva: depoimento [out. 2017]. Entrevistador: L.C. Souza. *Entrevista concedida pela advogada popular do Coletivo Observatório do Funk para elaboração de pesquisa de campo do Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP - CNPq)*, Mestrado em Direito da Faculdade Milton Campos, Nova Lima, 2017.

na era digital⁴⁶. Dessa forma podem divulgar e convidar outros sujeitos para suas atividades, tais como encontros públicos para debater a cultura periférica, mesa de diálogo institucional com a Secretaria de Cultura a Câmara de Vereadores para elaboração de nova legislação municipal sobre realização de eventos (especialmente em favelas), mesa institucional de monitoramento de ações policiais com o Comando da Polícia Militar MG em Belo Horizonte. Há debates tanto presenciais quanto virtuais entre os moradores e demais participantes da rede na internet; e fóruns presenciais com o governo.

E, como revelado na pesquisa FGV, as redes sociais têm sido importantes ferramentas de formulação de agendas de políticas públicas. De acordo com a Professora Máira Neiva Gomes, Coordenadora do coletivo e também advogada popular, existe um sistema cíclico de inputs/outputs para que os atores se comuniquem entre si e alimentem o projeto com informações e experiências que é promovido pelo Whatsapp, com diálogo diário e encontros quinzenais físicos. Esta tem sido a ferramenta digital mais utilizada pelos agentes, atuando, efetivamente, como facilitadora na comunicação entre pessoas que não podem arcar com o alto custo de redes de banda larga, computadores pessoais, mas têm nos celulares e planos de pacote de dados mais baratos um recurso digital acessível e pelo qual conseguem espaço de comunicação com outros setores sociais.

Mas seria crucial que outras ferramentas e mídias estivessem disponíveis para ampliar o alcance das discussões promovidas na comunidade, especialmente visando a aumentar sua integração com o Poder Público. A interação com este e a avaliação dos resultados esperados pelas ações do projeto são, hoje, realizadas por meio de reuniões mensais de avaliação das ações e propositura de novas metas porque alguns serviços digitais que poderiam estar disponíveis para a comunidade dependem de uma infraestrutura mais cara ainda não disponível na comunidade. Nesse aspecto, o aperfeiçoamento dos meios digitais e das ferramentas governamentais de participação na webesfera é fundamental e deveria receber maior investimento, pois amenizaria o problema de muitos cidadãos envolvidos nos debates não poderem comparecer aos encontros presenciais — principal característica das mesas com a Prefeitura — devido às obrigações dos atores sociais com trabalho.

Sobre essa questão, pode-se avaliar que embora a demanda em infraestrutura digital tenha um custo nem sempre baixo, é função do Estado, como disposto na Lei 12.965/2013 — Marco Civil da Internet — assegurar a comunicabilidade entre Poder Público e cidadãos para que dificuldades como a que foi indicada pelo Coletivo possa ser superada. Sabe-se que ainda é inviável adotar-se, no Brasil, modelos de cidades virtuais mais amplos e complexos como o Projeto Iperbole⁴⁷ em Bologna (Itália), mas isso não diminui o compromisso estatal em ser mais resiliente e procurar, na medida de sua capacidade orçamentária atual, incluir, cada vez mais, segmentos sociais no acesso ao debate acerca da vida pública:

Lei 12.965/2013

Art. 4º - A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:

I - do direito de acesso à internet a todos;

II - do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos

O Iperbole permite que discussões de interesse público e relativas a setores da sociedade, como os que afetam a vida dos moradores do Aglomerado da Serra em Belo Horizonte, possam ser debatidos e muitas vezes solucionados pelo uso de ferramentas digitais de interação e de certificação digital da atuação cidadã. Conquanto tal realidade ainda esteja distante de nosso dia a dia, o fato de não se conseguir ainda alcançar patamares mais sofisticados tecnologicamente para fomentar um fórum virtual não é motivo suficiente para

46 MENEZES NETO, Elias Jacob de; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BEZERRA, Tiago José de Souza Lima. O projeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5276/2016) no mundo do big data: o fenômeno da *dataveillance* em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

47 IPERBOLE – Rete Civica, Comune di Bologna. Disponível em: <<http://www.comune.bologna.it/>>.

escusar o Poder Público de se omitir quanto às políticas públicas que promoveriam, se implementadas, a dignidade da pessoa humana por meio da webesfera governamental. Isso é fulcral, porque as políticas públicas devem ser direcionadas e validadas “não só por aqueles que votaram nos representantes, mas por todos os afetados”⁴⁸.

Para revelar o potencial que as comunidades mais carentes têm de participação, pode-se apontar de modo complementar à análise sobre o Observatório do Funk dados trazidos pela pesquisa de campo feita por Renato Meirelles e Celso Athayde a respeito das favelas no Brasil, a qual foi publicada em 2014⁴⁹. Os pesquisadores encontraram um número que deve chamar a atenção das autoridades públicas: 85% das pessoas domiciliadas em favelas no Brasil possuem aparelho de telefonia celular, sendo 22% *smartphones*; cerca de metade dos moradores navega como internauta utilizando esse recurso; e 25% dos respondentes compartilham seu sinal de internet com alguém⁵⁰. Isso revela duas questões cruciais: a) os investimentos públicos em infraestrutura que visem promover a e-democracia são aplicados de modo desigual, devendo corrigir, hoje, a aplicação de recursos junto às comunidades, tais como o Aglomerado da Serra; b) a internet se tornou a principal ferramenta de informação, troca de experiências e divulgação cultural de diversos cidadãos os quais, ainda, precisam que sua manifestação por esse meio digital seja efetivamente respeitado pelo Estado e seus organismos.

Diante disso, a pesquisa FGV e o depoimento da pesquisadora Maíra Neiva Gomes mostram o quanto o Brasil está distante, ainda, de concretizar o acesso de qualidade dos cidadãos aos instrumentos democráticos ofertados pela burocracia estatal. Isto é um sinal claro de baixo índice de resiliência estatal, o que significa que os instrumentos de participação ainda preservam traços autoritários e centralizadores representativos de um modelo conservador de democracia, o qual precisa remodelar-se para se ajustar, devidamente, ao perfil interacional que deve ser defendido com fulcro na Constituição Cidadã de 1988 e que não admite exclusão de parcelas da população por meio da criação de obstáculos à sua participação na webesfera governamental. Sua coautoria no processo de tomada de decisões em questões cotidianas à vida da sociedade brasileira precisa ser preservada como requisito fundamental de garantia da sua dignidade enquanto pessoas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A observar-se as reflexões ora apresentadas, infere-se que a webesfera governamental poderá ser um reflexo de um Estado mais resiliente, ou, ao contrário, ser a mera repetição dos problemas de exclusão do sistema tradicional, agora informatizado. A garantia de maior atuação dos cidadãos nessa webesfera depende muito mais da postura a ser adotada pelo Poder Público quanto à dignidade humana e aos demais princípios e direitos refletidos ao longo desse artigo, do que dos instrumentos tecnológicos. A tecnologia em si não trará democracia ou respeito à pessoa humana. Eles serão atingidos, apenas, se assumida uma postura ética para com a pessoa humana tanto na vida presencial quanto no ambiente digital. Essa deve ser a principal linha de defesa do Estado para assegurar que a dignidade da pessoa humana seja reconhecida e protegida, independentemente do meio em que as relações sociais e políticas se desenvolvem.

É preciso, então, que o Estado compreenda seu papel de organização política a serviço dos cidadãos, e não favoreça, apenas, os potenciais eleitores que manterão o corpo político atual no exercício do poder. Tornando-se mais resiliente, ele poderá efetivar a proposta democrática de participação e de reconhecimento de direitos, além de resguardar mais efetivamente a dignidade da pessoa humana ao abrir-se à colaboração dos cidadãos na formulação de políticas públicas que os afetem, como exposto pelos autores debatidos

48 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 89

49 MEIRELLES, Renato; ATHAYDE, Celso. *Um país chamado favela*. São Paulo: Gente, 2014.

50 MEIRELLES, Renato; ATHAYDE, Celso. *Um país chamado favela*. São Paulo: Gente, 2014. p. 93

nesse artigo. Nesse contexto, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana dos cidadãos, seja por um caminho mais dialogal ou pela proteção frente às formas de desrespeito, é função estatal obrigatória e necessária para assegurar que sua estrutura de autoridade e de força pública estará a favor dos valores propostos pela comunidade ética e do regime democrático, sem os quais os dispositivos constitucionais perdem sua efetividade junto à realidade social.

Recordando-se a reflexão feita por Arend Lijphart *ab initio* apresentada, a proteção da dignidade humana é pressuposto fundamental para definir “quem é o povo” ao qual o Estado resguarda e com o qual se compromete por meio da execução de políticas públicas. E é essencial para a democracia que este dever seja cumprido para com todas as pessoas, sem manter-se um modelo dual de sociedade. Para tanto, é preciso que esses valores façam parte dos programas governamentais que, atualmente, implantam ferramentas digitais de participação e de prestação de serviços públicos. Somente dessa maneira os direitos fundamentais de cada cidadão poderão ser garantidos, individualmente considerado, e, também, da comunidade política como um todo.

REFERÊNCIAS

- ARROYO, César Landa. Dignidad de la persona humana. *Ius et Veritas*, PUCP, n. 21, p. 10-25, 2000.
- BARROS, Bruno Mello Correa de; OLIVEIRA, Rafael Santos de. O poder político e a mídia de massa: a perspectiva da fiscalização de concessões e outorgas de radiodifusão no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (Online), Brasília, v. 7, n. 2, p. 368-38, 2017.
- COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: M. Fontes, 2006.
- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Projeto Democracia Digital - Experiências governamentais brasileiras de eParticipação*. São Paulo: Escola de Administração de Empresas de São Paulo; Centro de Estudos em Administração Pública e Governo; Escola de Direito; Grupo de Ensino e Pesquisa em Inovação, 2015.
- FUNDO BRASIL EM DIREITOS HUMANOS. *Litigância estratégica em Direitos Humanos: experiências e reflexões*. São Paulo: Escola de Direito da FGV, 2016. Disponível em: <<http://www.fundodireitoshumanos.org.br/wp-content/uploads/2016/12/litigancia-estrategia-1.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2017.
- HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. 2. ed. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: M. Fontes, 2007. (Coleção Tópicos).
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2013. (Biblioteca Tempo Universitário, n. 84).
- HABERMAS, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopia realista de los derechos humanos. *Diánoia*, v. LV, n. 64, p. 3–25, maio 2010.
- HABERMAS, Jürgen. Espaço Público – Verbete. Tradução de Edmilson Alves de Azevêdo. *Revista Internacional de Filosofia*, v. 3, n. 2, p. 218-227, 2012.
- HONNETH, Axel. La educación y el espacio público democrático: Un capítulo descuidado en la Filosofía política. *Isegoria - Revista de Filosofía Moral y Política*, n. 49, p. 377-395, jul./dez. 2013.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.
- HONNETH, Axel. Recognition and Justice: Outline of a Plural Theory of Justice. *Acta Sociologica*, v. 47, n. 4, p. 351-364, dez. 2004.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Atlas de Desenvolvimento Humano*, Radar 2011-2015. Disponível em: <<http://ivs.ipea.gov.br/index.php/pt/sobre>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Índice de Vulnerabilidade Social*. Disponível em: <<http://ivs.ipea.gov.br/index.php/pt/sobre>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia*. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LOPES, Raíssa. O racismo que persegue o funk e ultrapassa o ritmo: gênero musical gera trabalho e renda, mas ainda é tratado como crime. *Brasil de Fato*, Minas Gerais, Preconceito, postado em 18 de agosto de 2017. Disponível: <<https://www.brasildefato.com.br/2017/08/18/o-racismo-que-persegue-o-funk-e-ultrapassa-o-ritmo/>>. Acesso em 10 de outubro de 2017.

MEIRELLES, Renato; ATHAYDE, Celso. *Um país chamado favela*. São Paulo: Gente, 2014.

MENEZES NETO, Elias Jacob de; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BEZERRA, Tiago José de Souza Lima. O projeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5276/2016) no mundo do big data: o fenômeno da *dataveillance* em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v.7, n. 3, 2017.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. *Justitia*, São Paulo, v. 67, n. 201, p. 359-385, jan./dez. 2010.

MONREAL, Eduardo Novoa. *El derecho como obstáculo al cambio social*. 13. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 1999.

OBSERVATÓRIO DO FUNK. [Homepage]. Disponível em: <<https://pt-br.facebook.com/observatorio-dofunk/>>. Acesso em: 20 out. 2017.

OLIVA, Alberto. *A solidão da cidadania*. São Paulo: SENAC São Paulo, 2000. (Coleção Livre Pensar).

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA, Luciana Cristina de. *Aplicação do princípio da resiliência às relações entre Estado, Direito e Sociedade Civil*. 2012. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, Belo Horizonte, 2012.

SOUZA, Pedro Bastos de. Benefícios de renda mínima como um direito fundamental: acesso à justiça e inclusão social. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (Online), Brasília, v. 6, n. 1, p. 166-183, 2016.

VAZ, Alexander Cambraia N. Modelando a participação social: uma análise da propensão à inserção em Instituições Participativas, a partir de características socioeconômicas e políticas. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 10, p. 63-106, jan./abr. 2013.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e direito*. São Paulo: Landy; Loyola, 2002.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Ciberspaço e conteúdo ofensivo gerado por terceiros: a proteção dos direitos de personalidade e a responsabilização civil dos provedores de aplicação, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Cyberspace and offensive content generated by third parties: the protection of personality rights and the civil liability of application providers under the jurisprudence of the Brazilian Superior Tribunal of Justice

Cristiano Colombo

Eugênio Facchini Neto

Ciberespaço e conteúdo ofensivo gerado por terceiros: a proteção dos direitos de personalidade e a responsabilização civil dos provedores de aplicação, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*

Cyberspace and offensive content generated by third parties: the protection of personality rights and the civil liability of application providers under the jurisprudence of the Brazilian Superior Tribunal of Justice

Cristiano Colombo**

Eugênio Facchini Neto***

RESUMO

O estudo busca, em sua primeira parte, refletir sobre as características do ciberespaço, destacando sua enorme contribuição para a expansão do exercício da liberdade de expressão, aumentando os níveis da comunicação a patamares nunca antes visto. Diante da escassez de filtros a tal exercício, passou-se a perceber a ocorrência de danos a direitos de personalidade, especialmente honra, imagem e privacidade, em razão de postagens e manifestações nas plataformas virtuais, ofensivas a direitos de terceiros. Um dos objetivos do presente estudo é justamente analisar qual a resposta dos ordenamentos jurídicos para possibilitar a compatibilização do exercício da liberdade de expressão sem censura, com o resguardo dos direitos de terceiros eventualmente atingidos por tal exercício. Na segunda parte, enfoca-se, mais especificamente, a aplicação ao tema do instituto da responsabilidade civil e da evolução que sofreu nesse contexto, passando de objetiva, para vicária, e, atualmente, subjetiva. Essa análise será feita, principalmente, com base na análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça, identificando-se cinco acórdãos paradigmáticos, envolvendo questões distintas, que contribuem para a construção do tratamento jurídico do tema em comento. Concluir-se-á que o STJ, com uma jurisprudência estável, vem conseguindo compatibilizar, razoavelmente, o exercício sem censura da liberdade de expressão no mundo virtual com o resguardo dos direitos de personalidade de eventuais prejudicados por tal exercício. Quanto à metodologia, a abordagem da pesquisa foi teórica, exploratória e descritiva. Como procedimento técnico, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, nacional e estrangeira, bem como jurisprudencial.

Palavras-chave: Ciberespaço. Conteúdo Gerado por Terceiros. Responsabilidade Civil.

* Recebido em 30/10/2017
Aprovado em 08/11/2017

** Pós-Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). É professor da Faculdade de Direito da Instituição Educacional São Judas Tadeu e Faculdade Cesuca – Inedi. Email: colombo.cristiano@gmail.com

*** Doutor em Direito Comparado (Florença/Itália), Mestre em Direito Civil (Universidade de São Paulo). Professor dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/RS. Professor e ex-diretor da Escola Superior da Magistratura/AJURIS. Desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul/Brasil. Email: facchini@tj.rs.gov.br

ABSTRACT

The study seeks, in its first part, to reflect on the characteristics of cyberspace, highlighting its enormous contribution to the expansion of the exercise of freedom of expression, increasing communication to levels never before seen. Faced with the scarcity of filters for such an exercise, we began to perceive the occurrence of damages to personality rights, especially honor, image and privacy, due to postings on virtual platforms, offensive to third party rights. One of the objectives of the present study is precisely to analyze the response of legal systems in order to make compatible the exercise of freedom of expression without censorship, with the protection of the rights of personality of third parties that may be affected by such exercise. In the second part, it focuses more specifically on the application to the theme of the institute of civil liability and the evolution that it suffered in that context, going from objective, to vicarious, and, currently, based on fault. This analysis will be made mainly from the analysis of judgments of the Superior Court of Justice, identifying five paradigmatic judgments, involving different issues, which contribute to the construction of legal treatment of the subject in question. It will be concluded that the STJ, with a stable jurisprudence, has managed to reasonably reconcile the uncensored exercise of freedom of expression in the virtual world, with the protection of the rights of personality of any persons harmed by such exercise. As for the methodology, the research approach was theoretical, exploratory and descriptive. As a technical procedure, bibliographical research, both national and foreign, as well as case law were used.

Keywords: Cyberspace. Third Parties Generated Content. Civil Responsibility.

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento de um mundo virtual paralelo ao mundo físico trouxe transformações impressionantes ao modo de vida da humanidade. A revolução da informática acarretou uma revolução na esfera da comunicação. Nunca como antes as pessoas puderam se comunicar tão fácil, ampla e difusamente como agora. A liberdade irrestrita de expressão encontrou seu habitat natural na rede mundial de computadores e nas suas inúmeras plataformas.

No mundo virtual da web, torna-se muito difícil aos detentores do poder, político ou econômico, controlar as informações que transitam pela rede.

Esse lado positivo, caracterizado pela facilidade com que se obtêm informações úteis e pela instantaneidade da manifestação do pensamento, dissolvendo noções de espaço e de território, é contrabalançado, porém, pela ausência de filtros àquilo que é divulgado na rede. Ao lado de informações valiosas e precisas, postam-se, também, informações falsas. A facilidade com que se pode atingir a honra de pessoas, violar sua intimidade ou desrespeitar seu direito à imagem é igualmente espantosa.

Desafio dos tempos modernos, portanto, é encontrar o justo equilíbrio entre a garantia dessa maravilhosa liberdade de expressão, sem censuras, com a devida proteção aos direitos de personalidade que se tornam vulneráveis nesse ambiente virtual.

O presente trabalho é dividido em dois capítulos, cada um contendo subdivisões. No primeiro capítulo, apresentar-se-á, inicialmente, o tema do ciberespaço, descrevendo suas características, bem como analisando sua relação com o direito estatal. Na segunda parte, aprofundar-se-á o estudo dos conteúdos ofensivos gerados por terceiros, nas plataformas dos provedores de aplicação, fazendo-se as distinções pertinentes.

No segundo capítulo, abordar-se-á a evolução da responsabilidade civil no campo do ciberespaço e suas tendências contemporâneas, para, posteriormente, analisar como se coloca, nesse quadro genérico, a situação atual da responsabilidade civil dos provedores de aplicação, no Brasil, com base na análise de cinco casos

paradigmáticos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Quanto à metodologia, a abordagem da pesquisa será teórica, exploratória e descritiva. Os procedimentos técnicos envolveram pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira sobre os temas tratados, bem como a jurisprudência do STJ a respeito.

2. CIBERESPAÇO E CONTEÚDO OFENSIVO GERADO POR TERCEIROS

2.1. Ciberespaço

Em 1962, no auge da guerra fria, a agência de pesquisa Advanced Research Projects Agency (ARPA) foi encarregada pelo governo norte-americano para realizar um sistema de comunicação capaz de transmitir dados mesmo na hipótese de um conflito nuclear. Ligando alguns computadores entre si, naqueles anos, nasceu a rede Arpanet, que está na origem da rede Internet (INTERconnected NETworks). Esta, por meio de uma série de computadores conectados entre si, permite a comunicação em rede, utilizando uma linguagem comum, ditada pelo protocolo do modelo TCP/IP¹. Esse protocolo (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*) foi registrado em 1973 por Vinton Cerf, do Departamento de Pesquisa avançada da Universidade da Califórnia e responsável pelo projeto². Pode-se dizer ser esta a data de nascimento da internet, que no Brasil chega na década de noventa.

Essa tecnologia da informação, ao promover a aceleração do processo comunicacional, impacta, diretamente, as relações sociais³.⁴ Tempo e espaço inserem-se em um novo contexto, havendo, simultaneamente, o espaço físico e espaço virtual, este denominado por William Gibson, em sua novela “Neuromancer”⁵, como “ciberespaço” (cyberspace). Segundo Marcondes Filho, para transitar no ciberespaço, não é preciso utilizar as pernas: bastam os dedos e o cérebro. O “espaço virtual jamais existiu em qualquer época do passado, nem poderia ser imaginado antes. Só se tem acesso a ele pela tela do computador, que funciona como um buraco, uma porta, um túnel.” Trata-se de “um espaço que se visita permanecendo-se fisicamente no mesmo lugar de origem”.⁶

Pierre Lévy igualmente salienta esse viés informacional do ciberespaço, afirmando que “o ciberespaço é o novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial dos computadores”, envolvendo o “universo oceânico de informações que ela abriga”.⁷

De fato, diferentemente do espaço físico, o ciberespaço conta com “uma arquitetura caracterizada por sua maleabilidade”.⁸ Em poucos segundos, informações pessoais, financeiras, vídeos e áudios atravessam o

1 Sobre essa origem e seus desdobramentos, v. GAUDENZI, Andrea Sirotti. *Diritto all'oblio: responsabilità e risarcimento del danno*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2017. p. 129s.

2 PAESANI, Liliansa Minardi. *Direito e Internet: Liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 10.

3 BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. *Aprendendo a pensar com a sociologia*. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 175.

4 Com base em diversas pesquisas recentes, Marcos Rogério de Souza afirma que “as pessoas confiam mais nos *rankings* de produtos das redes sociais que participam do que nos *rankings* do Google. 78% dos consumidores confiam nas recomendações de seus pares” – SOUSA, Marcos Rogério de. Responsabilidade Civil pelo Conteúdo das Informações Transmitidas pela Internet. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coord.). *Sociedade de Risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 678-698, 680.

5 New York: Ace Books, 1984.

6 MARCONDES FILHO, Ciro. *O rosto e a máquina*. São Paulo: Paulus, 2013. p. 87-88.

7 LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2008. p. 17.

8 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução de Bruno Miragem. Notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 50.

globo. Por meio de “chat” podem dois usuários conectados em diferentes locais, separados por enormes distâncias, comunicaram-se em tempo real.⁹ Nesse ambiente, a informática e a telecomunicação permitem que dados cruzem mares, continentes, hemisférios, criando uma “rede gigantesca de transmissão”, conectando pessoas em qualquer lugar do globo, constituindo-se um universo virtual paralelamente ao físico.¹⁰

Na medida em que os seres humanos alimentam esse universo de dados e informações, a tecnologia modificou a natureza do diálogo humano.¹¹ A mudança do analógico para o digital torna os dados voláteis e manipuláveis. Já não confinamos mais os dados num hardware físico, diante da crescente utilização do armazenamento em nuvens. Há uma crescente desmaterialização e desterritorialização. “Espaços-de-tempo” tornam-se cada vez menores. Trata-se de um “novo tempo e habitat de espírito”.¹²

Erik Jayme, aliás, destaca a extinção das fronteiras que marca a Sociedade da Informação, pois “qualquer um pode facilmente se libertar das amarras de sua existência limitada: velocidade, ubiquidade, liberdade; o espaço, para a comunicação, não existe mais.”¹³

Por outro lado, focando aspecto diverso, Klaus Schwab aponta a plataforma como uma forma de facilitação entre os internautas, no sentido de aproximar interessados em fornecer e em adquirir ampla gama de produtos e serviços.¹⁴ Isso acaba sendo outra oportunidade de negócio, pois “enquanto as páginas de *webmail* são acessadas, o provedor de internet assimila os dados das mensagens recebidas e enviadas, e os oferece aos anunciantes, de modo que publicidades customizadas apareçam durante a verificação das caixas de entrada”. Por outro lado, os *sites* de busca tem papel destacado nesse processo, pois segundo pesquisas, “78% dos acessos à internet passam por *sites* de busca”.¹⁵

Importa salientar que a maleabilidade do ciberespaço, sua fluidez, sua impossibilidade de estar contido, levou a estudiosos a defender que no ciberespaço, “operam e se autoproduzem regras sociais de comportamento suas e próprias”, oriunda de uma autoipoiese, com normas autogeradas, decorrentes de fontes não-estatais,¹⁶ na linha de uma *Lex Informatica*¹⁷. A originalidade e peculiaridade da internet levaria, segundo esse entendimento, à conclusão de que o ciberespaço não deveria ser objeto de regulação estatal, sendo regido por autorregulação. Assim, em surgindo conflitos, os consumidores do ciberespaço invocariam a “netiqueta”, ou seja, “leis consuetudinárias – não escritas”, com uma “forte moral social”^{18,19}

Essa posição de recusa à intervenção estatal dá-se por grande parte dos internautas²⁰, que desejavam

9 CAVAZOS, Edward A.; MORIN, Gavino. *Cyber-space and The Law: Your Rights and Duties in the On-Line World*. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 1996. p. 2.

10 SANTAELLA, Lucia. *Linguagens líquidas na era da mobilidade*. São Paulo: Paulus, 2011. p. 32-39.

11 LASICA, J. D. *Identity in the age of Cloud Computing*. Washington: The Aspen Institute, 2009. p. 9. Nas palavras do autor: This changes the entire nature of the human dialogue.

12 AZAMBUJA, Celso Candido de. *Psiquismo digital sociedade, cultura e subjetividade na era da comunicação digital*. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2012. p. 1 e 390.

13 JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 133-146, mar. 2003. p. 134.

14 SCHWAB, Klaus. *The fourth industrial revolution*. Genebra: World Economic Forum, 2016. p. 13.

15 MACHADO, Alexandre Fragoso. Os Anunciantes, os *Sites* de Busca e os *Links* Patrocinados: Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coord.). *Sociedade de Risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 644-677, 649.

16 ROSSELLO, Carlo. Riflessioni. De Jure Condendo in materia di responsabilità del provider. *Il Diritto dell'Informazione e Dell'Informatica*, Roma, v. 26, n. 6, p. 617-629, nov./dez. 2010. p. 618.

17 LESSIG, Lawrence. *Code Version 2.0*. New York: Lawrence Lessig CC Attribution-ShareAlike, 2006. Versão Kindle. p. 214.

18 LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2008. p. 128.

19 Newton De Lucca, a propósito, lembra antiga decisão de uma Corte Federal de Apelação norte-americana que referiu que “por ser a maior forma de expressão já desenvolvida até agora, a Internet merece a maior proteção possível contra a intromissão governamental...”. DE LUCCA, Newton. Alguns aspectos da responsabilidade civil no âmbito da Internet. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). *O Direito Civil no Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 423-470, 438/439.

20 Sobre a utilização de metadados pelo Estado: BEZERRA, Tiago José de Souza Lima; MENEZES NETO, Elias Jacob de; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. O projeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5276/2016) no mundo do big data: o fenômeno da dataveillance em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*,

manter seu “espaço de liberdade”²¹, ou seu “mundo de liberdade”²². Todavia, revelava-se impossível a manutenção da possibilidade de fruição de tal liberdade irrestrita, com a restrição do campo de atuação do Direito, na medida em que, cada vez mais, as relações sociais migraram para o mundo da Internet. Disso decorre a potencial ocorrência de conflitos, que, necessariamente, deverão ser solucionados à luz de critérios jurídicos (levando-se em conta que o Direito é algo bem maior do que sua fonte legislativa).

A respeito do tema, Lawrence Lessig havia, também, sustentado uma posição não intervencionista do direito estatal, buscando garantir uma certa independência ao ciberespaço²³. Todavia, acabou reconhecendo que a “liberdade não é a ausência do Estado”, revelando uma “Second Life”²⁴, uma verdadeira realidade online. Abandonou-se, portanto, a “*illusion éphémère de la zone de non-droit*”²⁵, até porque, “na ausência de regras, o que se tem é a barbárie, que é o contrário do direito”²⁶.

A necessidade de uma legislação própria, dado o “aparecimento muito rápido de novos problemas”²⁷, faz com que os governos, paulatinamente, venham a regular o mundo virtual, assim como já ocorrido no mundo físico.²⁸ Bruno Miragem adverte sobre a importância de sua regulação, especialmente diante das “novas questões que decorrem diretamente destas inovações tecnológicas, como o comércio eletrônico, a proteção dos direitos autorais ou a proteção de crianças quanto ao conteúdo divulgado na rede mundial de computadores”.²⁹

Dessa forma, relações jurídicas migram do físico para o virtual, devendo o operador do Direito compreender as peculiaridades desse novo mundo se quiser ser eficaz em sua tentativa de enquadrá-lo no mundo jurídico. Dentre as peculiares dificuldades da regulamentação jurídica da internet, costumam ser apontados dois grandes obstáculos: seu caráter global (desterritorialidade) e sua estrutura não hierarquizada³⁰.

O caráter global e desterritorializado da internet pode acarretar problemas de fixação da competência do juízo. Na Europa, há precedentes holandeses, austríacos e franceses apontando para a tendência de reconhecer a competência do local onde o dano ocorreu. Precedente italiano aponta para a presunção de que os danos ocorreram no local de domicílio da vítima³¹.

v. 7, n. 3, 2017.

21 MANCINI, Anna. *Justice et internet: une philosophie du droit pour le monde virtuel*. Paris: Buenos Books International, 2004. Versão Kindle. posição 77.

22 FRANZONI, Massimo. Il riscarcimento del danno per lesione dei diritti della personalità su internet In: NIVARRA, Luca; Ricciuto, Vincenzo (Org.). *Internet e il diritto dei privati: persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche*. Torino: Giappichelli, 2002. p. 127-136. p. 128.

23 LESSIG, Lawrence. *Code Version 2.0*. New York: Lawrence Lessig CC Attribution-ShareAlike, 2006. Versão Kindle. p. 165. Em suas palavras: “the society of this space would be a fully self-ordering entity, cleansed of governors and free from political hacks” – *op. cit.*, p. 173

24 LESSIG, Lawrence. *Code Version 2.0*. New York: Lawrence Lessig CC Attribution-ShareAlike, 2006. Versão Kindle. p. 290. Esclareceu o autor que “Liberty in cyberspace will not come from the absence of the state. Liberty there, as anywhere, will come from a state of a certain kind. We build a world where freedom can flourish not by removing from society any self-conscious control, but by setting it in a place where a particular kind of self-conscious control survives. We build liberty as our founders did, by setting society upon a certain constitution” – *op. cit.*, p. 185.

25 THIEFFRY, Patrick. *Commerce électronique. Droit international et européen*. Paris: Éditions Litec, 2002. p. 2.

26 LEWICKI, Bruno. Realidade Refletida: Privacidade e Imagem na Sociedade Vigada. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 103-113.

27 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estudos sobre direito da internet e da sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 212-286.

28 SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. *A nova era digital: como será o futuro das pessoas, das nações e dos negócios*. Tradução de Ana Beatriz Rodrigues, Rogério Durst. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2013. posição 1.634.

29 MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade por danos na sociedade de informação e proteção do consumidor: desafios atuais na regulação jurídica da internet. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 70, p. 1-42, abr. 2009. Disponível em: <<http://revista-distribunais.com.br/maf/api/tocectory?nnd=3&toctguid=brroot&stnew=true>>. Acesso em: 24 jun. 2014. p. 2.

30 FURTADO, Gabriel Rocha. O marco civil da Internet: a construção da cidadania virtual. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 236-254, p. 238.

31 Sobre esses precedentes, v. TELLINI, Denise Estrella. *Regime de direito internacional privado na responsabilidade dos provedores de internet: Content Service Providers e Intermediary Service Providers pela qualidade dos serviços executados online*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006. p. 285-286.

No direito brasileiro, acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul enfrentou a questão da competência da justiça brasilei-

Aliás, na Europa, desde 1995 havia uma detalhada Diretiva (n. 95/46/CE) disciplinando a proteção de dados pessoais na rede mundial³². Essa Diretiva foi recentemente substituída pelo Regulamento EU 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, de 27.04.2016, mas que entrará em vigor em 25.05.2018. Dentre seus princípios de maior relevância, destacam-se o princípio da transparência, da *accountability*, da *privacy by design* e do direito ao esquecimento³³. Tem sido referido que essa nova regulamentação protege os dados pessoais não apenas como aspecto de um direito fundamental da pessoa, como na Diretiva anterior, mas como verdadeiro interesse público europeu³⁴.

2.2. Conteúdo ofensivo gerado por terceiros

No mundo virtual, provedores disponibilizam espaços de interação aos internautas, viabilizando a publicação de conteúdo, sem a imposição de controle prévio ou, mesmo, aplicação de filtros, em relação a tudo que é publicado. Dá-se vazão, assim, à liberdade de expressão (art. 5º, inc. IX, da Constituição Federal) no seu mais ilimitado sentido.

ra, em razão de perfil falso criado no domínio espanhol da Google. Como a vítima tinha domicílio também nesse Estado, afirmou-se a competência da justiça brasileira. O acórdão, na parte que interessa ao tema, está assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. CRIAÇÃO DE BLOG DIFAMATÓRIO NO GOOGLE ESPANHA. POSSIBILIDADE DE RECLAMAÇÃO À FILIAL BRASILEIRA DO GOOGLE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA. EXTENSÃO. INFORMAÇÕES INJURIOSAS MANTIDAS MESMO APÓS A “DENÚNCIA DE ABUSO” RELATADA PELA AUTORA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. [...]

2. AGRAVO RETIDO:

DA ALEGADA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA BRASILEIRA. Tratando-se de informações difamatórias contidas no mundo virtual, que não conhece fronteiras, não há como delimitar o alcance dessas informações e, por consequência, o limite territorial de sua repercussão. No caso, o dano teve repercussão no Brasil, local onde a autora também possui domicílio (profissional). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA afirmada, em razão do disposto no art. 88 do CPC/73, aplicável ao caso. Uma vez afirmada a competência da justiça pátria, é possível a determinação de retirada de conteúdo de site criado na filial espanhola da GOOGLE.

Há menos de um mês atrás, o plenário civil do Tribunal Supremo espanhol seguindo orientação do emblemático julgamento do Tribunal de Justiça da União Europeia, de maio de 2014, afirmou a competência da justiça espanhola para situação semelhante. Ou seja, adotou-se o entendimento de que não é exigível que o cidadão que teve lesado um seu direito fundamental em razão de indevida publicação de dados na rede mundial de computadores, deva mover sua demanda contra a sede norte-americana da GOOGLE ou contra as filiais nacionais da gigante corporação. Entender de outra forma tornaria caríssima e insuportavelmente lenta a proteção dos direitos fundamentais, praticamente inviabilizando, na prática, tal tutela que, para ser eficiente, depende de rápidas soluções.

As diversas filiais nacionais da GOOGLE, embora possam ter personalidade jurídica distinta, evidentemente integram a mesma gigante corporação e mantém fáceis contatos entre si. Como o produto com que trabalham não conhece fronteiras, situando-se num ‘mundo plano’ e ilimitado, o potencial risco de que conteúdos postados num determinado país violem direitos fundamentais de cidadão domiciliado em outro deve ser absorvido pela própria corporação. Esta certamente possui ágeis canais de comunicação entre suas diversas filiais nacionais, podendo eficazmente cumprir determinações judiciais para retirada de tais conteúdos.

DA LEGITIMIDADE PASSIVA. Tomando ciência da existência do blog falso, contendo conteúdo difamatório, sem proceder à sua retirada da internet, conforme solicitada pela autora na via administrativa (já que os fatos ocorreram antes da edição do Marco Civil da Internet), resta configurada sua legitimidade passiva para responder pela demanda.

[...]

PRELIMINAR DESACOLHIDA, AGRAVO RETIDO DESPROVIDO E APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJRS, 9ª CC, Ap. Cível n. 70068005966, Rel. Des. Eugênio Facchini Neto, j. em 27.04.2016).

32 Sobre a evolução do princípio da responsabilidade no sistema europeu de proteção de dados, desde a Convenção 108/1981 até o Regulamento de 2016, v. PARISI, Annamaria Giulia. Responsabilità e Sanzioni. In: SICA, Salvatore; D’ANTONIO, Virgilio; RICCIO, Giovanni Maria (a cura di). *La nuova disciplina europea della privacy*. Milano: Fiori Assago/Itália: Wolters Kluwer/CEDAM, 2016. p. 289-312. p. 293s.

33 Sobre o novo Regulamento, seus princípios, objetivos e desafios, v. IASELLI, Michele. *Come esercitare il diritto all’oblio in internet: Le procedure extragiudiziali, la tutela d’urgenza, il risarcimento danni*. Roma: Dike Giuridica Editrice, 2017. p. 47s. A questão do direito ao esquecimento é um tema que ganhou projeção e importância no mundo digital, onde não existem repartições temporais – passado, presente e futuro. Tudo é um presente contínuo, ao alcance de nossos dedos. Como disse Victor Mayer-Schönberger, “we forgive through forgetting, but the digital tools that surround us no longer let us do that – and instead brutally remind us again and again, long into our future, of the mistakes we’ve made in our past” – MAYER-SCHÖNBERGER, Victor. *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 202.

34 PIZZETTI, Franco. *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali: Il Regolamento europeo 2016/679*. Torino: Giappichelli Editore, 2017. p. 4.

M. Leonardi contextualiza a liberdade de expressão no mundo virtual. Após lembrar que se trata de um direito fundamental consagrado tanto na Constituição Federal brasileira quanto pelos tratados internacionais aos quais o Brasil aderiu, consistindo “na liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber, transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras”, destaca que “o livre fluxo de informações é essencial para a criatividade e inovação, gerando desenvolvimento social, cultural e econômico. As plataformas e serviços *online* exercem um papel fundamental nesse processo.”³⁵

Além da disposição constitucional, a liberdade de expressão, também, está contemplada entre os fundamentos do Marco Civil da Internet, diante da previsão do seu art. 2º. Pela sua redação e estrutura (a liberdade de expressão está prevista no *caput* e os demais fundamentos nos incisos), dá o legislador a entender que quis elegê-la como um fundamento superior em relação aos outros. Mas isso não é necessariamente uma verdade absoluta, já que o Marco Civil da Internet deve ser visto e aplicado à luz da Constituição Federal³⁶, que alberga igualmente outros valores e princípios igualmente relevantes a serem resguardados. Quando em colisão, a solução passa pelo consagrado juízo de ponderação.

O fenômeno da participação multipessoal na construção do mundo virtual se intensificou com o advento da Web 2.0³⁷, que se caracteriza exatamente por esta maior interação do usuário. A partir de então, o internauta deixa de observar uma página da web como um outdoor, um painel, revelando uma conduta meramente passiva, e passa, também, a produzir conteúdo no ciberespaço. Em tempos passados, divulgar uma ideia era oneroso. Nos dias atuais, sem qualquer pagamento para entrar em uma comunidade, pois basta dispor de uma conexão à internet, o usuário opina, diverge, enfim, livremente se expressa, atingindo muitas pessoas, como se dá, por exemplo, em redes sociais como o Facebook.

Nesse contexto de liberdade do ciberespaço, a internet passa a viabilizar a ampla troca de ideias, através de fóruns de discussões, chats, posts, cujo ambiente é intermediado pelos próprios provedores. Os temas enfrentados no ciberespaço são variados, desde profundas reflexões científicas, interessantes informações, até questões do dia-a-dia, trivialidades, proporcionando um espaço público em que se desenvolvem debates e embates. Essa intensa troca de informações é extremamente valiosa.

O problema é que muitas vezes as postagens vêm carregadas de tons ofensivos. De fato, a internet possibilita que qualquer um possa acessar e manipular uma infinita quantidade de informações em relação a qualquer aspecto da vida social. Isso acarreta enormes benefícios, responsáveis pelo sucesso da rede, mas, igualmente, traz consigo oportunidades inéditas para a prática de atos ilícitos³⁸, civis e criminais, com grande potencial de danos.

São inúmeras as plataformas onde os usuários da rede podem manifestar a sua opinião ou postar informações ou imagens e, potencialmente, lesar terceiros. É o que se passa a analisar.

2.2.1. Redes Sociais

Nas redes sociais, como o Facebook, por exemplo, o internauta pode, em seu perfil, criar uma publicação (escrever o que está pensando), publicar uma foto ou vídeo, realizar uma transmissão ao vivo (live), compartilhar, bem como manifestar aprovação ou desaprovção através de *emoticons*, que são ícones que

35 LEONARDI, Marcel. A garantia fundamental do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações na condição ao pleno exercício do direito ao acesso à internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Org.). *Marco civil da internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 627.

36 TEIXEIRA, Tarcísio. *Marco civil da internet comentado*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 27.

37 AZAMBUJA, Celso Candido de. *Psiquismo digital sociedade, cultura e subjetividade na era da comunicação digital*. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2012. p. 673.

38 SOUSA, Marcos Rogério de. Responsabilidade Civil pelo Conteúdo das Informações Transmitidas pela Internet. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coord.). *Sociedade de Risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 680-681.

representam emoções.

Também é possível escrever nas publicações (posts) de outros usuários, bem como parabenizá-lo por seu aniversário ou por conquistas em seu trabalho³⁹, e, inclusive, marcar pessoas, vinculando o que escreveu à *timeline* do usuário mencionado.

Confirmando o que se vê na casuística forense⁴⁰, existem inúmeras possibilidades de, no ambiente de uma plataforma de um provedor de aplicação voltado à rede social, usuários, na qualidade de terceiros, pois não são provedores, tampouco seus prepostos, ofenderem direitos de personalidade alheios (especialmente honra, intimidade ou privacidade), até mesmo praticando ilícitos criminais⁴¹.

2.2.2. Páginas de Notícias/Jornais digitais

Internautas, também, se manifestam nos comentários de notícias, quando é possível encontrar espaço para que os leitores possam expressar o que pensam sobre determinado fato.

Saliente-se que todas as opiniões que compõem a linha editorial não são consideradas como conteúdos

39 Sobre ciberespaço e mundo do trabalho: LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; ALVES, Edmar Warlisson de Souza; FIUZA, César Augusto de Castro. Uso indevido de redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas no ambiente laboral. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

40 RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. REDE SOCIAL. FACEBOOK. OFENSAS. PESSOA JURÍDICA. HONRA SUBJETIVA. IMPERTINÊNCIA.

HONRA OBJETIVA. LESÃO. [...].

1. O propósito recursal é determinar se as manifestações da recorrida na rede social Facebook têm o condão de configurar dano moral indenizável à pessoa jurídica recorrente.

2. Ao disponibilizarem informações, opiniões e comentários nas redes sociais na internet, os usuários se tornam os responsáveis principais e imediatos pelas consequências da livre manifestação de seu pensamento, a qual, por não ser ilimitada, sujeita-lhes à possibilidade de serem condenados pelos abusos que venham a praticar em relação aos direitos de terceiros, abrangidos ou não pela rede social.

[...]

(STJ, T3, REsp 1.650.725/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 18.05.2017).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. [...] DIVULGAÇÃO DE IMAGEM PORNOGRÁFICA DE ADOLESCENTE VIA WHATSAPP E EM CHAT NO FACEBOOK. [...]

3. Situação em que os indícios coletados até o momento revelam que as imagens da vítima foram trocadas por particulares via Whatsapp e por meio de chat na rede social Facebook.

4. Tanto no aplicativo WhatsApp quanto nos diálogos (chat) estabelecido na rede social **Facebook**, a comunicação se dá entre destinatários escolhidos pelo emissor da mensagem. Trata-se de troca de informação privada que não está acessível a qualquer pessoa.

[...]

(STJ, S3, CC 150.564/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 26.04.2017).

41 PROCESSO PENAL. [...] CRIME DE AMEAÇA E CONTRAÇÃO DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE PRATICADOS POR MEIO DA INTERNET. INDÍCIOS DE TRANSNACIONALIDADE. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. [...]

1. Hipótese em o conflito se estabeleceu em virtude de queixa-crime apresentada pelo fato de um suposto hacker enviar ameaças e manipular diversos adolescentes e pais de um mesmo ciclo de amizade e convivência, por meio de e-mails, Orkut, Twitter e Facebook.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que, embora se trate de crime praticado por meio da rede mundial de computadores, necessária se faz a existência de indícios mínimos de extraterritorialidade para que seja determinada a competência da Justiça Federal. A mera utilização da internet não basta, por si só, para caracterizar a transnacionalidade do delito.

[...]

(STJ, S3, AgRg no CC 118.394/DF, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 10.08.2016)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.

1. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, evidenciada na periculosidade do paciente, uma vez que teria ameaçado sua ex-companheira e sua filha, bem como ameaçou a testemunha Patrícia e a vítima, por meio da rede social conhecida como “**Facebook**”, não há que se falar em ilegalidade a justificar a concessão da ordem de habeas corpus.

2. Habeas corpus denegado.

(STJ, T6, HC 325.233/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. em 20.08.2015).

gerados por terceiros, mas pelo próprio meio de comunicação, que, portanto, é responsável pela manifestação.

2.2.3. Blogs

O Blog, normalmente, se volta a uma temática específica, e, após cada notícia, está aberto aos visitantes, compreendidos como “terceiros”, que se manifestem. Dessa forma, há possibilidade de que usuários, não integrantes do corpo editorial, possam vir a postar expressões difamatórias, e, em alguns casos, caluniosas.

De tal arte, na internet, é possível se deparar com conteúdo ofensivo, tais como: a difamação, a injúria, violação à privacidade⁴², afronta ao direito à imagem, bem como violações a direitos autorais, ao segredo industrial, entre outros. Assim, havendo ameaça ou lesão a bem jurídico tutelado juridicamente, uma das respostas do sistema jurídico consiste na responsabilidade civil dos provedores ou diretamente dos violadores de tais direitos. Passamos a examinar as questões que têm chegado aos tribunais.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3.1. Dos antecedentes da responsabilidade civil dos provedores

Ao longo do tempo, o tratamento jurídico acerca da responsabilidade civil dos provedores passou por modificações. Em um primeiro momento, como visto, vivia-se em um cenário em que a própria aplicação do direito estatal, no ciberespaço, foi colocada em xeque. No entanto, diante da inarredável necessidade de solucionar conflitos que inevitavelmente surgiram, resultados da colisão de uma pretendida irrestrita liberdade de expressão com a invocação de consagrados direitos de personalidade (privacidade⁴³, honra, imagem

42 Nas últimas décadas, vem crescendo o envolvimento dos tribunais de todos os países na proteção da intimidade e da vida privada. As constituições europeias mais antigas não previram a proteção de tais direitos. Todavia, como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, previu, em seu art. 8º, a proteção da vida privada, a Corte Europeia dos Direitos do Homem, sediada em Estrasburgo, muitas vezes é instada a decidir casos a respeito de tal direito, ajudando, assim, a construir e a expandir seu conceito. No caso *Niemitz v. Alemanha*, por exemplo, julgado em 16.12.1992, a C.E.D.H. considerou que a noção de vida privada não se circunscreveria ao círculo íntimo da vida pessoal que cada um pode viver de forma escondida do mundo exterior, abrangendo também o direito de interação com outros indivíduos. Sobre esse e outros casos semelhantes, v. SARMENTO E CASTRO, Catarina. *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 26. Como quase todos os conceitos, o significado de privacidade ou intimidade evolui ao longo do tempo, sofrendo não só a influência dos novos valores sociais e estilos de vida individuais, como também o impacto das novas tecnologias. Compare-se, por exemplo, o que *Justice* Louis Brandeis, disse sobre *privacy* no caso *Olmstead v. United States*, em 1928 – “is the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men” – com o que afirmou Scott McNealy, CEO da Sun Microsystems, em 1999: “you have zero privacy anyway. Get over it.” Sobre a evolução do conceito de privacidade, v. JONES, Meg Leta. *CTRL+Z: The Right to be Forgotten*. New York: New York University Press, 2016. p. 82, bem como confira-se principalmente as páginas de Stefano Rodotà a respeito da evolução do conceito da *privacy*, especialmente após o advento do mundo digital. Rodotà recorda como a *privacy* fora concebida por Warren e Brandeis como um direito excludente, o de afastar o olhar indesejado (*right to be let alone*), mas posteriormente passou a ser um direito finalizado a tornar possível a construção da própria identidade, ou o direito de controlar o uso que outras pessoas fazem das informações que nos dizem respeito (Alan Westin). Posteriormente passou a significar também a tutela de escolhas de vida contra qualquer forma de controle público e de estigma social (L. Friedman), ou a imposição de limites que impeçam que qualquer um seja simplificado, reduzido a objeto ou avaliado fora do seu contexto (J. Rosen), até chegar ao conceito de direito de escolher livremente seu próprio modo de viver (F. Rigaux) ou o direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada (Rodotà). Na época em que vivemos, o grande desafio, segundo Rodotà, é que minha identidade não seja mais “aquilo que afirmo ser”, mas sim “aquilo que o Google diz que eu sou” – v. RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Bari. Laterza, 2012. p. 319-321 e 327.

43 Especialmente a privacidade vem sentindo o impacto da difusão em escala geométrica da internet. J. Solove referiu que “a internet está criando novos e atormentadores malefícios para a privacidade, uma vez que deu às pessoas uma possibilidade sem precedentes de disponibilizar e disseminar ao redor do mundo informação umas sobre as outras. Para enfrentar esses problemas,

etc.), percebeu-se que, inevitavelmente, deveria haver lugar nesse novo mundo para a responsabilidade civil, sem falar de eventual invocação do direito de resposta, garantido constitucionalmente⁴⁴.

Admitida, portanto, a inexorável aplicação do instituto da responsabilidade civil, surge a discussão sobre seu fundamento: responder-se-ia de forma objetiva ou somente nas hipóteses da presença da culpa?

Num primeiro momento, ao se tratar da responsabilidade dos provedores por danos causados a particulares no ambiente do ciberespaço, pretendeu-se a aplicação da teoria do risco da empresa, de feição objetiva, tanto no Brasil como no exterior.

Na Itália, Francesco Ciommo lembrava que os provedores desenvolvem uma atividade organizada, com fins lucrativos. Assim, quando chegaram aos tribunais os primeiros ilícitos praticados no ciberespaço, os provedores foram vistos como o bolso (*tasca*) seguro capaz de garantir uma tutela reparatória a pessoas prejudicadas por ilícitos praticados por sujeitos que permaneciam anônimos. Entendia-se que, como os prestadores de serviços telemáticos tinham vantagem econômica, também deveriam assumir o encargo de suportar os prejuízos sofridos pelas vítimas, independente de apuração de culpa própria.⁴⁵ Tratava-se da aplicação do velho princípio genérico segundo o qual *cuius commoda, eius et incommoda* (quem recebe os cômodos, suporta também os incômodos), ou *ubi emolumentum, ibi onus* (onde estão os emolumentos, ali também estão os ônus).

Os adeptos da responsabilidade objetiva defendiam que os provedores poderiam utilizar programas-filtro, quando, antecipadamente, através de um prévio controle, preveniriam o cometimento de ilícitos. Para tanto, poderiam efetuar ou um controle amplo e prévio ou, mais realisticamente, um controle por amostragem, ou, ainda, um controle somente *a posteriori*, removendo os conteúdos tidos como ilícitos ou inconvenientes⁴⁶.

Posteriormente, aplicou-se a responsabilidade vicária, respondendo o provedor pelo ilícito somente quando houvesse uma possibilidade concreta de controle das ações dos terceiros, tendo agido com omissão. É o mesmo doutrinador italiano quem assim se manifesta:

Si provò, allora, a battere una strada parzialmente diversa sostenendo la dottrina, c.d. vicarious liability, in base alla quale risponde dell'illecito chi, avendo il diritto e la possibilità concreta di controllare le azioni dell'autore del fatto, omette di impedire il verificarsi dell'evento lesivo e ne trae profitto.⁴⁷

Posteriormente, quando se abandonou a fase inicial de uma relativa anomia no setor e praticamente todos os países passaram a dotar-se de marcos civis regulatórios, passou-se a adotar, de forma predominante (revelando a óbvia influência dos potentes provedores sobre os legisladores nacionais), a responsabilidade subjetiva. No Brasil, essa é a fase em que nos encontramos e que passamos especificamente a abordar, especialmente à luz da jurisprudência da corte superior ordinária que tem a missão institucional de uniformizar o entendimento a respeito desse importante tema.

3.2. A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a responsabilidade dos provedores.

A partir do estudo do ciberespaço e do conteúdo ofensivo gerado por terceiros, bem como da identificação de fases da responsabilidade civil *online*, é que se busca, a partir da jurisprudência do Superior Tribunal

necessitamos repensar a privacidade para a era da Informação” – *apud* 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: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Direito Privado & Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 104-146, p. 112-113.

44 VAINZOF, Rony. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: DEL MASSO, Fabiana; ABRUSSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurelio (Org.). *Marco civil da internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 182.

45 CIOMMO, Francesco. Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down. *Il Diritto dell'Informazione e Dell'Informatica*, Roma, v. 26, n. 6, p. 829-857, nov./dez. 2010. p. 835.

46 CIOMMO, Francesco. Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down. *Il Diritto dell'Informazione e Dell'Informatica*, Roma, v. 26, n. 6, p. 829-857, nov./dez. 2010. p. 831.

47 CIOMMO, Francesco. Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down. *Il Diritto dell'Informazione e Dell'Informatica*, Roma, v. 26, n. 6, p. 829-857, nov./dez. 2010. p. 836.

de Justiça, colacionar casos que possam auxiliar na construção do atual cenário da responsabilidade civil dos provedores de aplicação, no ordenamento jurídico brasileiro.

Importa salientar que foram escolhidos processos que retratam o que, hodiernamente, vem sendo aplicado. Cada um deles contribuirá, em sua especificidade, para essa finalidade. É o que se passa analisar.

3.2.1. Da Classificação dos Provedores e do tratamento jurídico sobre responsabilidade civil

No julgamento do Recurso Especial sob o nº 1.642.997/RJ (j. em 12.09.2017)⁴⁸, é possível extrair relevantes conceitos técnicos e sólidas posições jurídicas acerca da responsabilidade civil dos provedores. A demanda proposta pelo internauta objetivou a condenação em danos morais, em desfavor de Facebook Serviços Online do Brasil Ltda., por dano à sua imagem. A temática está ligada, portanto, à eventual responsabilidade civil solidária da rede social em comento, por conteúdos postados por terceiros.

Como importante contribuição, o aresto passa a promover uma classificação dos provedores, à luz do Marco Civil da Internet (MCI – Lei 12.965 de 2014), reconhecendo a “multiplicidade de atores” na internet, na medida em que são oferecidos “diferentes tipos de serviços e utilidades para os usuários”. De modo geral, foram identificadas duas espécies de prestadores: provedores de conexão e de aplicação, na linha do MCI⁴⁹.

Os provedores de conexão são aqueles que oferecem “a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP”, conforme preceitua o artigo 5º, V do MCI. Ou seja, são os prestadores de serviço que dão acesso ao ciberespaço, permitindo aos usuários ingressarem no mundo virtual. São exemplos, em nível nacional, as empresas do setor de telecomunicações, como é o caso da Brasil Telecom, Vivo, Oi, entre outras, que oferecem esse

48 Eis a ementa do acórdão:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FACEBOOK. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTEÚDO REPUTADO OFENSIVO. MONITORAMENTO. AUSÊNCIA. RESPONSABILIDADE. AFASTAMENTO. NOTIFICAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE. [...]

2. O propósito recursal reside na definição do termo inicial da responsabilidade solidária da recorrente — uma provedora de aplicações de internet — por conteúdos gerados por terceiros que utilizam suas aplicações.

3. A verificação do conteúdo das imagens postadas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de compartilhamento de vídeos, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, a aplicação que não exerce esse controle.

4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de compartilhamento de vídeos, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.

5. Sobre os provedores de aplicação, incide a tese da responsabilidade subjetiva, segundo a qual o provedor de aplicação torna-se responsável solidariamente com aquele que gerou o conteúdo ofensivo se, ao ser notificado a respeito da lesão, não tomar providências para a sua remoção. Precedentes.

6. Diante da ausência de disposição legislativa específica, este STJ havia firme jurisprudência segundo a qual o provedor de aplicação passava a ser solidariamente responsável a partir do momento em que fosse de qualquer forma notificado pelo ofendido.

7. Com o advento da Lei 12.965/2014, o termo inicial da responsabilidade do provedor de aplicação foi postergado no tempo, iniciando-se tão somente após a notificação judicial do provedor de aplicação.

8. A regra a ser utilizada para a resolução de controvérsias deve levar em consideração o momento de ocorrência do ato lesivo ou, em outras palavras, quando foram publicados os conteúdos infringentes: (i) para fatos ocorridos antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, deve ser obedecida a jurisprudência desta corte; (ii) após a entrada em vigor da Lei 12.965/2014, o termo inicial da responsabilidade da responsabilidade solidária do provedor de aplicação, por força do art. 19 do Marco Civil da Internet, é o momento da notificação judicial que ordena a retirada de determinado conteúdo da internet.

9. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ, REsp 1.642.997/RJ, T3, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 12.09.2017)

49 Como se sabe, anteriormente à Lei 12.965/14 (M.C.I.), doutrinariamente se costumava classificar de forma mais detalhada os diversos tipos de provedores. Alguns distinguiam provedores de conteúdo, provedores de serviços e provedores de rede. Outros apresentavam classificações ainda mais miúda, distinguindo os provedores de *backbone*, provedores de conteúdo e informação, provedores de acesso, provedores de hospedagem e provedores de correio eletrônico. A Lei 12.965/14 simplificou a situação, distinguindo os provedores de conexão dos provedores de aplicações de internet. Sobre isso, veja-se MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 819-820; bem como LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet*. São Paulo: J. Oliveira, 2005. p. 19-32.

serviço. Segundo o MCI, em seu artigo 18, o provedor de conexão não responde, civilmente, por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros⁵⁰, o que é técnica e juridicamente adequado, visto que, nesse serviço, apenas se viabiliza o acesso, dá-se a porta de entrada, não se oferece aplicações, não havendo qualquer envolvimento com conteúdo. Usando uma outra imagem, seria como pretender-se responsabilizar quem construiu e mantém uma rodovia, pelos danos causados por um veículo a outro, em virtude de colisão que nada tivesse a ver com o estado da rodovia em si.

Por sua vez, os provedores de aplicação, segundo o artigo 5º, VII, do MCI, voltam-se “ao conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”, e, nesse caso, as funcionalidades são exemplificadas como: o oferecimento de serviço de correio eletrônico (Gmail, Hotmail, entre outros), hospedagem/armazenamento de dados (serviços de *Cloud Computing*, como a Amazon, Google, Dropbox etc.), disponibilização de imagens, inclusive, com a finalidade de compartilhamento (Youtube), e, finalmente, as redes sociais, como é o caso do Facebook, em que há conteúdo na sua plataforma.

Assim, o julgado classificou o Facebook como um provedor de aplicação, tendo em vista permitir a criação de um “perfil”, com a “formação de comunidades virtuais”, viabilizando a troca de “opiniões e comentários de seus usuários”, tendo destacado suas funcionalidades oferecidas. Incumbe destacar que a decisão registrou que referido provedor “não exerce nenhuma forma de editoração ou controle prévio” do conteúdo que é gerado por terceiros.

A contribuição do julgado, sob o prisma acadêmico, passa pelo estudo aprofundado da responsabilidade civil em relação ao tema e pela busca de alcançar a adequada classificação, trazendo à lume reflexões sobre “o limite da responsabilidade civil dos provedores de aplicações por conteúdos que — mesmo armazenados ou de alguma forma manipulados pelo provedor — são em última análise gerados por terceiros.”

No corpo do acórdão são expostos os três entendimentos sucessivos sobre a matéria: a) irresponsabilidade do provedor; b) sua responsabilidade objetiva; c) responsabilidade subjetiva.

A tese da irresponsabilidade civil tem como fundamento o fato de que o conteúdo foi gerado por terceiros, não pelo provedor de aplicação. Nos Estados Unidos, chegou-se a comparar o provedor que hospeda *websites* a uma livraria, que nesse caso não responde pelo conteúdo dos livros vendidos⁵¹. Logo, toda e qualquer medida de responsabilização deveria ser tomada em desfavor do ofensor, operando-se a ilegitimidade passiva do prestador de serviço. Esta tese inicial acabou desacolhida no ordenamento jurídico brasileiro.

Por sua vez, os defensores da responsabilidade objetiva, a seu turno, sustentaram a presença de “risco na atividade”, ou mesmo, o “defeito no serviço”. Contudo, a posição consolidada do Superior Tribunal de Justiça, antes mesmo da entrada em vigor do artigo 19 do MCI, já era no sentido da inaplicabilidade da responsabilidade objetiva à hipótese, dado que “não considera como atividade intrínseca dos provedores de aplicações de internet o prévio monitoramento das informações e conteúdos que trafegam e são publicadas em seus serviços e plataformas”.

Acolheu-se, portanto, a tese legal da responsabilidade subjetiva e solidária pelos danos gerados por terceiros em razão do provedor de aplicação, ciente da ofensa, não ter tomado “providências necessárias para sua remoção”. A dúvida que então foi dirimida envolveu a discussão sobre o termo *a quo* da ciência do pro-

50 Embora os provedores de conexão ou de acesso, por serem fornecedores de serviço, respondam objetivamente perante seus usuários/consumidores, pelos defeitos eventualmente apresentados pelo serviço prestado, pois se trata de relação jurídica regida pelo CDC. Sobre esses aspectos, v. BRANT, Cássio Augusto Barros. *Marco Civil da Internet: Comentários sobre a lei 12.965/2014*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2014. p. 227. Arnaldo Rizzardo comenta possível responsabilidade de provedor de serviços pela “contaminação de programas por vírus que passam para os computadores e se alojam nos equipamentos, provenientes de *e-mails* emitidos ou enviados”, “pois a mensagem se dá de um *e-mail* para outro *e-mail* através do portal da operadora, a quem cabe colocar em operação mecanismos de prevenção, de modo a estancar a transmissão” – RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011. p. 835.

51 VANCIM, Adriano Roberto; NEVES, Fernando Frachone. *Marco Civil da Internet: Anotações à Lei n. 12.965/2014*. Leme: Mundo Jurídico, 2014. p. 97.

vedor para fins de apuração de culpa: a comunicação feita pelo próprio ofendido ou a notificação de ordem judicial que determina a exclusão do conteúdo.

Antes do Marco Legal da Internet, adotara-se a tese de que a comunicação ao provedor poderia ser feita pelo próprio usuário, e, a partir daí, caso não fossem tomadas as providências necessárias, haveria responsabilização. No entanto, com o advento do artigo 19 do MCI, estabeleceu-se que a responsabilidade somente se opera se houver descumprimento de ordem judicial.

Importa destacar que, como situação excepcional, quanto às publicações que se configuram violação da intimidade por imagens de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, aplica-se como termo *a quo* da ciência do provedor, para fins de responsabilização, a notificação feita pelo próprio usuário ou por seu representante legal, a teor do artigo 21 do MCI. Procura-se, com essa exceção, agilizar a proteção das vítimas de tais tipos de postagens, sobretudo diante da onda de vazamento de fotos íntimas, conhecida como ‘vingança pornô’⁵². Nessa hipótese, a responsabilidade civil será subsidiária, não solidária, ou seja, caso não se logre obter a reparação do dano diretamente do responsável pela postagem das imagens, então se poderá acionar o provedor.

No caso concreto, à luz do posicionamento trazido, em face da ausência de notificação judicial, e, já estar-se diante da vigência do Marco Civil da Internet, não houve responsabilização do provedor.

3.2.2. Da aferição de culpa: omissão com a necessidade de notificação judicial

No Recurso Especial sob o nº 1.641.133/MG (j. em 20.06.2017)⁵³, a matéria enfrentada versava sobre ação de indenização por danos morais cumulada com obrigação de remover conteúdo da internet, em desfavor de Google Brasil Internet Ltda.. No caso concreto, uma pessoa, utilizando-se de pseudônimo, havia publicado um “vídeo supostamente adulterado”, que tinha como conteúdo a tentativa de compra de voto para prefeito municipal. A ação fora julgada procedente, condenando o provedor ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Também fora confirmada liminar anteriormente deferida para a remoção do conteúdo, com fixação de *astreintes*. Em sede de apelação, foi mantida a sentença. O provedor recorreu.

Quanto à responsabilidade civil da Google, no caso concreto, afirmou-se que, em face da funcionalidade oferecida (o aplicativo Youtube), que permite aos usuários hospedar (host) e compartilhar (share) seus vídeos no mundo virtual, o mesmo figura como provedor de aplicação. Assim, tal atividade desafia a aplicação do artigo 19 do MCI, com sua previsão de responsabilização com base na culpa. Esclareceu-se que o Google, em que pese não tenha a obrigação de monitorar ou realizar controle prévio de conteúdo, fora notificado judicialmente, por mais de uma vez, para a remoção do conteúdo, nada tendo feito. Assim, foi mantida,

52 JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. *Marco Civil da Internet – Comentários à Lei n. 12.965/14*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 70.

53 Assim se encontra ementado o acórdão (na parte que interessa):

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. GOOGLE. YOUTUBE. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTEÚDO REPUTADO OFENSIVO. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PROVEDOR. NOTIFICAÇÃO JUDICIAL. DESCUMPRIMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA COM OFENSOR. [...] [...]

3. Esta Corte fixou entendimento de que “(i) não respondem os provedores objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários; (iii) devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no site, removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelos danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso”. Precedentes.

4. Aos provedores de aplicação, aplica-se a tese da responsabilidade subjetiva, segundo a qual o provedor de aplicação torna-se responsável solidariamente com aquele que gerou o conteúdo ofensivo se, ao tomar conhecimento da lesão que determinada informação causa, não tomar as providências necessárias para a sua remoção. Precedentes.

[...]

7. Recurso especial conhecido e não provido.

(STJ, T3, REsp 1.641.133/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 20/06/2017).

integralmente, a condenação em razão de sua responsabilidade subjetiva e solidária, na situação em comento.

3.2.3. Da Necessidade de indicação de URL (Uniform Resource Locator)

Em Recurso Especial sob o nº 1.629.255/MG (j. em 22/08/2017)⁵⁴, envolvendo pretensão de obrigação de fazer cumulada com pedido de reconhecimento de danos morais, em desfavor de Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. e outros, a autora afirmara que o corréu H.R.A. havia publicado vídeos em rede social, com notícias falsas relativamente à sua conduta profissional. Em sede de tutela de urgência antecipada, foi deferida ordem para “imediate retirada de todas as matérias, notícias, divulgações e/ou comentários que atentem contra a honra, a imagem e a dignidade da requerente, publicados no perfil do FACEBOOK do requerido H.R.A. e procedam à remoção do blog opovotemraza.com.br da rede mundial de computadores”. O provedor Facebook alegou a impossibilidade da remoção do conteúdo, diante da ausência de URL (*Uniform Resource Locator*), que consiste no endereço da página na internet, onde se encontra a ofensa.

Dentre outros aspectos tratados no voto da Relatora, já enfrentados nas demandas acima referidas, a Ministra Andriighi analisou os “Princípios de Manila sobre Responsabilidade Civil dos Intermediários”, publicados em 30 de maio de 2015 (<https://www.manilaprinciples.org/pt-br>), resultado de um esforço de organizações da sociedade civil de inúmeros países do globo, vinculadas ao setor. Referidos comandos advertem que a comunicação na internet vem sendo facilitada por intermediários, como provedores e redes sociais, e, havendo responsabilidade civil destes por conteúdos gerados por terceiros, haverá um forte impacto no direito dos usuários, na liberdade de expressão, na liberdade de associação e no direito à privacidade. Os princípios de Manila são os seguintes:

- 1) Os intermediários devem ser protegidos por lei da responsabilização dos conteúdos produzidos por terceiros;
- 2) Não se deve solicitar a remoção de conteúdo sem ordem de uma autoridade judicial;
- 3) Requisições de restrições de conteúdo devem ser claras, não ambíguas e seguir o devido processo;
- 4) Leis, ordens e práticas de restrição de conteúdos devem seguir o teste de necessidade e proporcionalidade;
- 5) Leis, políticas e práticas de restrição de conteúdo devem respeitar o devido processo;
- 6) Transparência e prestação de contas devem ser integradas em leis e em políticas e práticas de restrição de conteúdos.

O acórdão fundou-se no princípio nº 2, dos “Princípios de Manila”, a saber:

- a. Os intermediários não devem ser obrigados a restringir conteúdos a menos que uma ordem

54 A ementa está vazada nos seguintes termos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE APLICAÇÃO. REDE SOCIAL. FACEBOOK. OBRIGAÇÃO DE FAZER. REMOÇÃO DE CONTEÚDO. FORNECIMENTO DE LOCALIZADOR URL. COMANDO JUDICIAL ESPECÍFICO. NECESSIDADE. [...].

2. Esta Corte fixou entendimento de que “(i) não respondem objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários; (iii) devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no site, removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelos danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso”.

3. Sobre os provedores de aplicação, incide a tese da responsabilidade subjetiva, segundo a qual o provedor de aplicação torna-se responsável solidariamente com aquele que gerou o conteúdo ofensivo se, ao tomar conhecimento da lesão que determinada informação causa, não tomar as providências necessárias para a sua remoção.

4. Necessidade de indicação clara e específica do localizador URL do conteúdo infringente para a validade de comando judicial que ordene sua remoção da internet. O fornecimento do URL é obrigação do requerente. Precedentes deste STJ.

5. A necessidade de indicação do localizador URL não é apenas uma garantia aos provedores de aplicação, como forma de reduzir eventuais questões relacionadas à liberdade de expressão, mas também é um critério seguro para verificar o cumprimento das decisões judiciais que determinarem a remoção de conteúdo na internet.

6. Em hipóteses com ordens vagas e imprecisas, as discussões sobre o cumprimento de decisão judicial e, quanto à aplicação de multa diária, serão arrastadas sem necessidade até os Tribunais superiores.

7. O Marco Civil da Internet elenca, entre os requisitos de validade da ordem judicial para a retirada de conteúdo infringente, a “identificação clara e específica do conteúdo”, sob pena de nulidade, sendo necessária a indicação do localizador URL.

8. Recurso especial provido.

(STJ, T3, REsp 1.629.255/MG, Rel. Min. Nancy Andriighi, j. em 22.08.2017).

determinando que o material em questão é ilegal tenha sido emitida por uma autoridade judicial independente e imparcial.

b. Ordens para a restrição de conteúdos devem: I. Incluir uma determinação de que o conteúdo é ilegal na jurisdição em questão; II. Indicar o identificador de Internet e uma descrição do conteúdo ilegal; III. Fornecer evidências suficientes para documentar a base legal da ordem; IV. Quando aplicável, indicar o período de tempo no qual o conteúdo deve ser restringido.

c. Qualquer responsabilidade imposta a um intermediário deve ser proporcional e correlativa diretamente ao comportamento nocivo do intermediário ao não cumprir, de maneira apropriada, a ordem de restrição do conteúdo.

d. Os intermediários não devem ser responsabilizados pelo não cumprimento de qualquer ordem que não obedeça a este princípio.

Conforme alínea b, I, do princípio nº 2, há o dever de quem pleiteia a remoção de postagem ou vídeos “indicar o identificador de Internet e uma descrição do conteúdo ilegal”. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido de ser imprescindível a indicação do URL (*Uniform Resource Locator*), para que seja possibilitado o cumprimento de ordem judicial precisa, nos moldes preconizados pelo art. 19, § 1º, do Marco Civil da Internet. Portanto, o aresto foi no sentido de afastar a determinação de remoção de conteúdo, “em razão da ausência de indicação do localizador URL”, bem como a impossibilidade do provedor vir a ser responsabilizado por conteúdo feito por terceiro.

3.2.4. Da Responsabilidade dos Provedores de Aplicação de Busca

Merece análise a discussão havida no Agravo Interno em Recurso Especial sob o nº 879.704/SP (j. em 22.08.2017)⁵⁵, também envolvendo pretensão de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais, movida por usuário da rede mundial em desfavor de Google Brasil Internet Ltda. O demandante buscou ordem de remoção e a consequente indenização sob a alegação de responsabilidade do provedor pela retirada de sites que veiculam informações inverídicas e ofensivas.

No caso em tela, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido de que o Google não é responsável por manter os sites no ar, apenas “divulgando a terceiros sua existência, através de análise de expressões neles contidas, digitadas pelos interessados”. No corpo do acórdão, com indicação de vários precedentes, constou que “a jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que o provedor de hospedagem de blogs não está obrigado a realizar a prévia fiscalização das informações que neles circulam. Assim, não necessita de obter dados relativos aos conteúdos veiculados, mas apenas referentes aos autores dos blogs.”

3.2.5. Da Responsabilidade Civil dos Blogs

Com base na colisão aparente que se operou entre a liberdade de imprensa e os direitos de personalidade, no Recurso Especial sob o nº 1.652.588/SP (j. em 26.09.2017)⁵⁶ afirmou-se ter havido violação da honra e

55 Eis sua ementa:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL, PROCESSUAL CIVIL (CPC/1973). AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. [...] INTERNET. PROVEDOR DE PESQUISA VIRTUAL. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO-CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. PRECEDENTES. [...] AGRAVO DESPROVIDO. (STJ, T3, AgInt no AREsp 879.704/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 22/08/2017)

56 A ementa ficou assim redigida (com omissão dos aspectos não relevantes ao tema):

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. IMAGEM. IMPRENSA. PROGRAMA JORNALÍSTICO. DEVER DE INFORMAÇÃO. LIBERDADE DE IMPRENSA. LIMITES. ATO LÍCITO. COMPROVAÇÃO. REPORTAGEM COM CONTEÚDO OFENSIVO. REGULAR EXERCÍCIO DE DIREITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA EMISSORA E DOS JORNALISTAS. SÚMULA Nº 221/STJ. [...]

1. Enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento, a liberdade de imprensa não se restringe aos direitos de informar e de buscar informação, mas abarca outros que lhes são correlatos, tais como os direitos à crítica e à opinião. Por não possuir

da imagem das pessoas referidas em matéria jornalística, também veiculada na internet, por ter havido abuso no direito de informar. A consequência foi a condenação solidária em danos morais do autor do escrito, bem como do veículo de divulgação, em aplicação da Súmula 221/STJ.⁵⁷ Percebe-se, assim, que a súmula em comento, que havia consolidado jurisprudência envolvendo, originariamente, apenas publicações na imprensa escrita, passou a ter a sua aplicação estendida à radiodifusão, à televisão, bem como, no caso concreto, à disponibilização via internet. E, como peculiaridade do aresto, foi enfatizado que o mesmo dever de controle editorial que deve ser feito por uma empresa jornalística, no sentido de “evitar matérias ou artigos potencialmente danosos”, também incumbe aos blogs, aplicando-se a Súmula 221/STJ.

A Ministra Nancy Andrighi, em processo anterior, havia assim explicado no que consistem os blogs:

Os blogs — contração da expressão inglesa *weblog* que, numa tradução literal, significa diário da rede (mundial de computadores) — consistem em páginas na Internet cuja estrutura possibilita sua rápida e constante atualização mediante acréscimo dos denominados *posts* (comentários, artigos), que em geral têm como foco a temática que dá origem — e muitas vezes intitula — o próprio blog.⁵⁸

A respeito das publicações em blogs, há duas situações distintas, que conduzem a resultados jurídicos diversos. A primeira refere-se à prestação de “serviços de provedoria de informação”, ou seja, quando matérias são disponibilizadas pelo próprio *blog*. Nesse caso, haverá responsabilidade solidária de seu titular juntamente ao autor da matéria publicada, em razão da possibilidade de controle prévio, já que inserido pelo titular da página. Na segunda situação, quanto aos *posts* dos internautas, terceiros não vinculados institucionalmente ao veículo de comunicação (não são colunistas, nem articulistas, nem representam a opinião do veículo de comunicação em questão), a responsabilidade civil se dará nos termos do artigo 19 do Marco Civil da Internet⁵⁹, ou seja, somente se o titular do *blog* for notificado judicialmente para a retirada do conteúdo ofensivo produzido por terceiro e não o fizer, no prazo assinado pelo mandado judicial.⁶⁰

Em julgamento proferido ainda antes da edição do MCI, mas que não conflita com sua regulamentação, a Ministra Nancy Andrighi já havia indicado as condições em que o responsável pelo blog responde pelos danos derivados de postagens ali efetuadas por terceiros:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. PROVEDOR DE CONTEÚDO. USUÁRIOS. IDENTIFICAÇÃO. DEVER. GUARDA DOS DADOS. OBRIGAÇÃO. [...]

2. Recurso especial que discute os limites da responsabilidade dos provedores de hospedagem de blogs pela manutenção de dados de seus usuários.
3. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários divulguem livremente suas opiniões, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada

caráter absoluto, encontra limitação no interesse público e nos direitos da personalidade, notadamente à imagem e à honra, das pessoas sobre as quais se noticia.

[...]

3. A liberdade de radiodifusão não impede a punição por abusos no seu exercício, como previsto no Código Brasileiro de Telecomunicações, em disposição recepcionada pela nova ordem constitucional (art. 52 da Lei nº 4.117/1962).

[...]

7. Na hipótese de danos decorrentes de publicação pela imprensa, são civilmente responsáveis tanto o autor da matéria jornalística quanto o proprietário do veículo de divulgação (Súmula nº 221/STJ). Tal enunciado não se restringe a casos que envolvam a imprensa escrita, sendo aplicável a outros veículos de comunicação, como rádio e televisão. Precedentes.

15. Recursos especiais não providos.

(STJ, T3, REsp 1.652.588/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. em 26.09.2017).

57 Súmula 221/STJ: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação.”

58 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.138.138/SP. Terceira turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, j. em 25.09.2012.

59 BRASIL. Lei 12.965/2014. Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

60 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.381.610/RS. Terceira turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, j. em: 03.09.2013.

um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada imagem uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, do dever de informação e do princípio da transparência, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por *culpa in omittendo*. Precedentes.

[...]

5. As informações necessárias à identificação do usuário devem ser armazenadas pelo provedor de conteúdo por um prazo mínimo de 03 anos, a contar do dia em que o usuário cancela o serviço.

6. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ, T3, REsp 1.417.641/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 25.02.2014)

Referido acórdão, também, aborda, como se vê, a importante questão da manutenção dos dados que permitam identificar os usuários, “de modo a tentar minimizar os danos causados pelas ofensas praticadas pela internet”, permitindo às vítimas a possibilidade de ajuizar ações de reparação de danos, como ponderam Farias, Braga Netto e Rosenvald, referindo que os provedores estão obrigados a armazenar tais dados pelo prazo de três anos, a contar da data do cancelamento do serviço, por ser este o prazo prescricional para as pretensões relativas à responsabilidade civil^{61, 62}.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no estudo realizado, tornou-se possível tecer as seguintes considerações finais, a saber:

1) Diante do impacto das novas tecnologias no âmbito virtual, mas capazes de causar danos na esfera real e concreta da vida de relação, governos, paulatinamente, passaram a regular o mundo virtual, assim como já ocorrera no mundo físico;

61 FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 799.

62 Caso interessante de ponderação do direito à honra e à imagem-atributo, quando atingidos pela liberdade de expressão manifestada em postagem de blog, com referência à especificidade desse meio de expressão, foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUBCLASSE RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA C/C PRETENSÕES DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DEFERIMENTO PARCIAL. EXCLUSÃO DAS REFERÊNCIAS INDEVIDAS AO NOME DO AUTOR E PROIBIÇÃO À REALIZAÇÃO DE NOVAS REFERÊNCIAS COM O MESMO TEOR. BLOGUEIRO. LIBERDADE DE IMPRENSA. DISTINÇÕES.

O direito fundamental de liberdade de expressão jornalística e de exercício do direito de informação que se reconhece à mídia regular (jornais, rádio, televisão) deve ser estendido, em princípio, aos novos meios de comunicação social, como são os blogs.

Todavia, há distinções entre um e outro meio que devem ser levados em consideração. De fato, [...] os grandes veículos de imprensa, pela expertise e profissionalismo de sua atividade, são dotados de mecanismos internos de moderação do conteúdo de suas opiniões, tipo de controle que não se encontra na atuação de um blogueiro. Os órgãos regulares de imprensa possuem conselhos editoriais, filtros internos que discutem quais as notícias que serão divulgadas, seu conteúdo e forma de exposição, exatamente por terem noção clara das fronteiras existentes, a fim de evitar os sensacionalismos irresponsáveis que muitas vezes nada mais servem do que para desacreditar a própria imprensa.

Por outro lado, órgãos regulares da imprensa normalmente têm capacidade econômica para suportar uma condenação judicial de reparação civil. Mas exatamente por saber que um excesso pode ter repercussão econômica negativa para a empresa é que muitas vezes se evitam publicações açodadas ou sem lastro em evidências concretas. O mesmo não ocorre com certos blogueiros que, muitas vezes desprovidos de patrimônio próprio, tendem a adotar a lógica da irresponsabilidade, já que nada têm a perder.

No caso dos blogueiros, portanto, não é sensato imaginar que se deva prestigiar a liberdade de imprensa, num primeiro momento, para que, se houver excesso, posteriormente, haja uma reparação econômica *ex post*, pois isso talvez não ocorra. Nessa hipótese, o dano restará sem reparação. Assim, quando cabível e possível, devem-se tomar providências para fazer cessar o dano de imediato.

[...]

AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.

(Agravo de Instrumento Nº 70064429327, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Eugênio Facchini Neto, j. em 24/06/2015)

2) Representando notável ampliação da liberdade de expressão, hodiernamente, provedores de aplicação viabilizam inúmeras formas para que terceiros possam expressar a sua opinião, tal como ocorre nas redes sociais, bem como com a possibilidade de postar comentários em blogs. Depois de uma hesitação inicial, hoje se tem como incontroverso que, em homenagem à liberdade de expressão, não há como se pensar em controle prévio ou programas-filtro de tais manifestações;

3) A responsabilidade civil dos provedores de aplicação por conteúdo gerado por terceiros sofreu modificações ao longo do tempo, atravessando a responsabilidade objetiva, responsabilidade vicária, até chegar à responsabilidade subjetiva hoje vigente;

4) A atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em consonância com o Marco Civil da Internet, fixa algumas importantes diretrizes para a solução dos casos que surgem na vida real, dentre as quais destacamos as seguintes:

4.1) A diferenciação entre as duas espécies de provedores, segundo o próprio Marco Civil da Internet: provedores de conexão e de aplicação;

4.2) O provedor de conexão não responde, civilmente, por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros, visto que, nesse serviço, apenas se viabiliza o acesso, dá-se a porta de entrada. Não se oferecem aplicações, tampouco há qualquer envolvimento com conteúdo;

4.3) Quanto aos provedores de aplicação, há responsabilidade subjetiva e solidária pelos danos gerados por terceiros, na hipótese de, uma vez ciente da ofensa, não venha a tomar providências necessárias para sua remoção;

4.4) Relativamente aos fatos ocorridos após a vigência do Marco Civil da Internet, a ciência deve ser feita pela via judicial, com a indicação da URL (*Uniform Resource Locator*), que consiste no endereço da página na internet, onde se encontra a ofensa;

4.5) Como situação excepcional, quanto às publicações que configuram violação do reduto mais tipicamente íntimo das pessoas, com a divulgação de imagens de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, aplica-se como termo *a quo* da ciência do provedor, para fins de responsabilização, a notificação feita pelo próprio usuário ou por seu representante legal, a teor do artigo 21 do MCI;

4.6) Provedor de busca (como o Google) não é responsável por manter os sites no ar, apenas “divulgando a terceiros sua existência, através de análise de expressões neles contidas, digitadas pelos interessados”, operando-se sua ilegitimidade passiva, na medida em que não há como lhe imputar o dever de retirar páginas de titularidade de terceiros do ar. Tampouco, há que se falar em dever de indenizar os danos causados por imagens ou informações localizáveis na rede mundial. Ressalva-se a questão do direito ao esquecimento, ainda sem regulamentação legal entre nós, embora com algum reconhecimento judicial. Não se trata, porém, de pretensão reparatória, mas sim de obrigação de fazer — retirada de determinados *links*;

4.7) Quanto aos blogs, a prestação de “serviços de provedoria de informação”, ou seja, quando matérias são disponibilizadas pelo próprio *blog*, em caso de ofensa, haverá responsabilidade solidária de seu titular juntamente ao autor da matéria publicada, em razão da possibilidade de controle prévio, já que inserido pelo titular da página. Todavia, quanto aos *posts* dos internautas, terceiros não vinculados institucionalmente ao veículo de comunicação (não são colunistas, nem articulistas, nem representam a opinião do veículo de comunicação em questão), a responsabilidade civil se dará nos termos do artigo 19 do Marco Civil da Internet⁶³, ou seja, somente se o titular do *blog* for notificado judicialmente para a retirada do conteúdo ofensivo

63 BRASIL. Lei 12.965/2014. Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

produzido por terceiro e não o fizer, no prazo assinado pelo mandado judicial.⁶⁴

Conclui-se, assim, que o Superior Tribunal de Justiça vem mantendo uma orientação jurisprudencial estável que, observando as diretrizes fixadas no Marco Civil da Internet, vem conseguindo garantir uma ampla liberdade de expressão, sem prévia censura e sem colocar obstáculos às empresas que atuam no mundo virtual, mas, ao mesmo tempo, oferecendo uma proteção razoável às vítimas que, ocasionalmente, sofrem violação a determinados direitos de personalidade, especialmente sua honra, imagem e privacidade.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estudos sobre direito da internet e da sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2001.

AZAMBUJA, Celso Candido de. *Psiquismo digital sociedade, cultura e subjetividade na era da comunicação digital*. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2012.

BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. *Aprendendo a pensar com a sociologia*. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BRANT, Cássio Augusto Barros. *Marco Civil da Internet: Comentários sobre a lei 12.965/2014*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

BEZERRA, Tiago José de Souza Lima; MENEZES NETO, Elias Jacob de; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. O projeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5276/2016) no mundo do big data: o fenômeno da dataveillance em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

CAVAZOS, Edward A.; MORIN, Gavino. *Cyber-space and The Law: Your Rights and Duties in the On-Line World*. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 1996.

CIOMMO, Francesco. Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down. *Il Diritto dell'Informazione e Dell'Informatica*, Roma, v. 26, n. 6, p. 829-857, nov./dez. 2010.

DE LUCCA, Newton. Alguns aspectos da responsabilidade civil no âmbito da Internet. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). *O Direito Civil no Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 423-470.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FRANZONI, Massimo. Il risarcimento del danno per lesione dei diritti della personalità su internet In: NIVARRA, Luca; Ricciuto, Vincenzo (Org.). *Internet e il diritto dei privati: persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche*. Torino: Giappichelli, 2002. p. 127-136.

FURTADO, Gabriel Rocha. O marco civil da Internet: a construção da cidadania virtual. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 236-254.

GAUDENZI, Andrea Sirotti. *Diritto all'oblio: responsabilità e risarcimento del danno*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2017.

IASELLI, Michele. *Come esercitare il diritto all'oblio in internet: Le procedure extragiudiziali, la tutela d'urgenza*,

64 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.381.610/RS*. Terceira turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 03 set. 2013. DJe 12 set. 2013.

il risarcimento danni. Roma: Dike Giuridica Editrice, 2017.

JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 133-146, mar. 2003.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. *Marco Civil da Internet: Comentários à Lei n. 12.965/14*. São Paulo: Saraiva, 2014.

JONES, Meg Leta. *CRTL+Z: The Right to be Forgotten*. New York: New York University Press, 2016.

LASICA, J. D. *Identity in the age of Cloud Computing*. Washington: The Aspen Institute, 2009.

LEONARDI, Marcel. A garantia fundamental do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações na condição ao pleno exercício do direito ao acesso à internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Org.). *Marco civil da internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet*. São Paulo: J. Oliveira, 2005.

LESSIG, Lawrence. *Code Version 2.0*. New York: Lawrence Lessig CC Attribution-ShareAlike, 2006. Versão Kindle.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2008.

LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; ALVES, Edmar Warlisson de Souza; FIUZA, César Augusto de Castro. Uso indevido de redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas no ambiente laboral. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

LEWICKI, Bruno. Realidade Refletida: Privacidade e Imagem na Sociedade Vigada. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 103-113.

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: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Direito Privado & Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 104-146.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução de Bruno Miragem. Notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Alexandre Fragoso. Os Anunciantes, os Sites de Busca e os Links Patrocinados: Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coord.). *Sociedade de Risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 644-677.

MANCINI, Anna. *Justice et internet: une philosophie du droit pour le monde virtuel*. Paris: Buenos Books International, 2004. Versão Kindle.

MARCONDES FILHO, Ciro. *O rosto e a máquina*. São Paulo: Paulus, 2013.

MAYER-SCHÖNBERGER, Victor. *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade por danos na sociedade de informação e proteção do consumidor: desafios atuais na regulação jurídica da internet. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 70, p. 1-42, abr. 2009. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/tocectory?nnd=3&toctoguid=brroot&stnew=true>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet: Liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*.

5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PARISI, Annamaria Giulia. Responsabilità e Sanzioni. In: SICA, Salvatore; D'ANTONIO, Virgilio; RICCIO, Giovanni Maria (a cura di). *La nuova disciplina europea della privacy*. Milanofiori Assago/Itália: Wolters Kluwer/CEDAM, 2016, p. 289-312.

PIZZETTI, Franco. *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali: Il Regolamento europeo 2016/679*. Torino: Giappichelli Editore, 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 211.

RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Bari. Laterza, 2012.

ROSSELLO, Carlo. Riflessioni. De Jure Condendo in materia di responsabilità del provider. *Il Diritto dell'Informazione e Dell'Informatica*, Roma, v. 26, n. 6, p. 617-629, nov./dez. 2010.

SANTAELLA, Lucia. *Linguagens líquidas na era da mobilidade*. São Paulo: Paulus, 2011.

SARMENTO E CASTRO, Catarina. *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005.

SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. *A nova era digital: como será o futuro das pessoas, das nações e dos negócios*. Tradução de Ana Beatriz Rodrigues, Rogério Durst. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2013.

SCHWAB, Klaus. *The fourth industrial revolution*. Genebra: Wold Economic Forum, 2016.

SOUSA, Marcos Rogério de. Responsabilidade Civil pelo Conteúdo das Informações Transmitidas pela Internet. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coord.). *Sociedade de Risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 678-698.

TEIXEIRA, Tarcísio. *Marco civil da internet comentado*. São Paulo: Almedina, 2016.

TELLINI, Denise Estrella. *Regime de direito internacional privado na responsabilidade dos provedores de internet: Content Service Providers e Intermediary Service Providers pela qualidade dos serviços executados online*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006.

THIEFFRY, Patrick. Commerce électronique. *Droit international et européen*. Paris: Éditions Litec, 2002.

VAINZOF, Rony. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: DEL MASSO, Fabiana; ABRUSSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurelio (Org.). *Marco civil da internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VANCIM, Adriano Roberto; NEVES, Fernando Frachone. *Marco Civil da Internet: Anotações à Lei n. 12.965/2014*. Leme: Mundo Jurídico, 2014.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do Parlamento Europeu
Liability for artificial intelligence autonomous acts: initial notes on the European Parliament resolution

Thatiane Cristina Fontão Pires

Rafael Peteffi da Silva

A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do Parlamento Europeu*

Liability for artificial intelligence autonomous acts: initial notes on the European Parliament resolution

Thatiane Cristina Fontão Pires**

Rafael Peteffi da Silva***

RESUMO

O desenvolvimento da tecnologia da Inteligência Artificial (IA) está conferindo a computadores a capacidade de aprender e atuar de forma autônoma, ou seja, independente de uma instrução específica de um ser humano. A partir desse cenário, apresenta-se o problema da imputação de responsabilidade por danos causados pelos atos autônomos da IA, por meio do método dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica. Para tanto, delimita-se o conceito de IA, as suas principais características, bem como exemplos atuais da sua aplicação e dos possíveis riscos e danos que dela possam derivar. Na segunda parte do artigo, passa-se à análise do debate que vem sendo travado no cenário da União Europeia, registrado, recentemente, na Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103-INL). O exame terá como enfoque as disposições da resolução relacionadas com a responsabilidade civil pelos danos causados pelos atos autônomos da IA, contrapondo-se a abordagem da doutrina estrangeira em diferentes teorias, quais sejam: IA como ferramenta e a responsabilidade indireta do usuário ou proprietário; IA como produto e a responsabilidade dos fabricantes; e IA como risco criado e a responsabilidade objetiva daquele a quem o risco aproveita (*deep-pocket*) ou pela gestão de riscos. Conclui-se que a resolução europeia trata das teorias de forma complementar, com preponderância da intenção de se aplicar a responsabilidade objetiva daquele que está mais bem colocado para minimizar os riscos e oferecer garantias, com a adoção de um seguro obrigatório para absorver os riscos.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Inteligência Artificial. Robótica. Regulação. União Européia.

ABSTRACT

The development of Artificial Intelligence (AI) is giving computers the ability to learn and act autonomously, that is, independent of a specific ins-

* Recebido em 31/10/2017
Aprovado em 19/11/2017

** Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Graduação em Direito (UFSC) com período sanduíche em University of Münster. Email: thaticp@gmail.com

*** Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Direito Civil (USP). Coordenador Editorial da Revista de Direito Civil Contemporâneo, RT/Thomson Reuters. Email: rpeteffi@gmail.com

truction of a human being. From this scenario, this article presents the problem concerning liability imputation of damages caused by the autonomous acts of the AI, through the deductive method and the bibliographic research technique. Therefore, the concept of IA is delineated, its main characteristics, as well as current examples of its application and the possible risks and damages that derive from it. In the second part of the paper, the debate on the European Union scenario is analysed, which was recently recorded in the European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)). The examination will focus on the resolution provisions related to civil liability for damages caused by the autonomous acts of AI, opposing the approach given by foreign doctrine, in theories such as: AI-as-tool and indirect liability of the user or owner; AI as a product and the responsibility of manufacturers; and AI as a created risk and the strict liability of the one to whom the risk is profited (deep-pocket) or risk management. The proposed analysis leads to the conclusion that the European resolution deals with this theories in a complementary way, with preponderance of the intention to apply the strict liability of the one who is best placed to minimize risks and offer guarantees and the establishment of compulsory insurance to absorb the risks.

Keywords: Civil liability. Artificial Intelligence. Robotics. Regulation. European Union.

1. INTRODUÇÃO

A ideia de que o ser humano conseguiria, em determinado momento da história, desenvolver máquinas que pudessem pensar por si próprias e agir de forma autônoma está presente na nossa literatura e cinema como gênero de ficção científica.¹ O que era ficção, porém, vem se tornando a mais pura realidade e deverá revolucionar a forma como os seres humanos realizam as suas tarefas cotidianas, o trabalho e a forma como interagem em sociedade, repercutindo, pois, em novos fatos jurídicos.

Os programas de computador vêm adquirindo a capacidade de atuar de forma totalmente autônoma, ou seja, deixam o *status* de ferramenta, e passam a desempenhar ações independentes de uma direção ou instrução específica determinada por um ser humano, mediante o uso da tecnologia de Inteligência Artificial (IA). Na verdade, tais computadores terão por base informações que eles próprios irão adquirir e analisar e, muitas vezes, irão tomar decisões cujas consequências serão danosas, em circunstâncias que não foram antecipadas por seus criadores.

Conquanto passem a atuar sem o aval e, muitas vezes, sem o conhecimento de seus programadores, as ações praticadas pela IA, por óbvio, acarretam repercussões jurídicas e, portanto, demandam soluções de forma premente. Sobretudo no âmbito da Internet, a IA já está presente nos provedores de aplicação de comércio eletrônico, de redes sociais e das principais plataformas de busca e de compartilhamento de dados. Logo essas máquinas, que operam e tomam decisões de forma independente, serão introduzidas no mercado. Estima-se que os primeiros dispositivos de IA verdadeiramente autônomos — que devem, inclusive, pôr à prova a adequação das regras de responsabilidade civil atuais — serão os carros projetados para funcionar sem motoristas.²

Nesse contexto, o presente estudo tem como objetivo introduzir o problema da imputação de responsabilidade por danos causados pelos atos independentes praticados por esse tipo de tecnologia. Não é objeto do presente estudo apresentar uma resposta correta ou mesmo a solução aplicável ao atual cenário brasileiro,

1 Uma versão mais primitiva do conceito remete ao clássico mito do Frankstein, considerado a primeira obra de ficção científica da história — que não deixa de tratar sobre um organismo inteligente criado pelo homem que, em determinado ponto, volta-se contra o próprio criador —, até as versões robóticas, dentre as quais o clássico do cinema “Inteligência Artificial”, de Steven Spielberg, ou mesmo o popular desenho animado *The Jetsons*.

2 Cf. VLADECK, David C. Machines without principals: liability rules and Artificial Intelligence. *Washington Law Review*, n. 89, p. 117, 2014.

onde os estudos acerca da temática ainda são incipientes. O intuito é, justamente, iniciar os debates com base na recente doutrina estrangeira e verificar como tais considerações dogmáticas estão sendo tratadas no âmbito da União Europeia, em razão da postura de vanguarda assumida pela organização no estabelecimento de princípios éticos básicos a serem respeitados no desenvolvimento, na programação e na utilização de IA e de robôs, visando à integração desses princípios nos regulamentos e na legislação dos seus estados-membros para a prevenção de danos, bem como na regulação de questões da responsabilidade civil quanto aos potenciais danos.

Para tanto, na primeira parte, é apresentado o conceito de Inteligência Artificial (IA), as suas principais características, notadamente a falta de limites em relação aos resultados que ela pode alcançar, bem como exemplos atuais da sua aplicação. Apresentam-se os possíveis riscos e danos que dela possam derivar, especialmente quanto aos objetivos secundários adotados pela IA para se alcançar o fim determinado.

Na segunda parte do artigo, passa-se à análise do debate que vem sendo travado no cenário da União Europeia, registrado, recentemente, na Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)). O exame terá como enfoque as disposições da resolução relacionadas com a responsabilidade civil pelos danos causados pelos atos autônomos da IA, contrapondo-se, quando possível, a abordagem conferida pela doutrina estrangeira, que tem buscado enquadrar a IA em diferentes teorias, quais sejam: a IA como ferramenta e a responsabilidade indireta do usuário ou proprietário; a IA como produto e a responsabilidade dos fabricantes; e a IA como risco criado e a responsabilidade objetiva daquele a quem o risco aproveita (*deep-pocket*) ou pela abordagem da gestão de riscos.

Não será realizada uma análise qualitativa dessas teorias ou abordagens, tampouco será enfrentada a maior ou menor possibilidade de adequação dessas teorias para solucionar os problemas postos de acordo com algum ordenamento jurídico específico. Basta ao escopo proposto, tão somente, a identificação das disposições da resolução europeia que se relacionam mais diretamente com as principais características das abordagens referidas e o seu contraponto.

2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: ROBÔS SEM LIMITES

A habilidade de acumular experiências e delas extrair lições e aprendizado, bem como a capacidade de agir de forma independente e tomar decisões de modo autônomo sempre foram associadas como as principais características da inteligência humana, um dos traços que, inclusive, distingue o ser humano dos demais seres vivos. Uma revolução na nossa civilização está prestes a tomar proporções até pouco tempo inimagináveis, justamente porque foi possível mimetizar a forma como o ser humano aprende, por meio de algoritmos aplicados em programas de computador, uma criação que não conhece limitações teóricas e que, por isso mesmo, foi denominada Inteligência Artificial (IA).

Antes do advento dessa tecnologia, a programação de computadores resumia-se ao processo de descrever, detalhadamente, todas as etapas necessárias para que um computador realizasse determinada tarefa e alcançasse um determinado objetivo. A sequência de instruções derivada desse processo, que diz a um computador o que fazer, é justamente o algoritmo,³ de forma que, até então, tudo o que um programa de computador fosse capaz de realizar deveria ser determinado por um algoritmo específico.

Assim, como se infere da própria definição, não era possível a um computador realizar algo que o programador não soubesse fazer ele próprio, já que era necessário descrever, pormenorizadamente, as ações

3 DOMINGOS, Pedro. *The master algorithm*. How the quest for the ultimate learning machine will remake our world. New York: Basic Books, 2015.

desempenhadas pelo programa. A IA é, de fato, uma revolução tecnológica, porque passa a possibilitar que os programas de computador sejam criativos e desenvolvam, eles próprios, a habilidade de desempenhar ações e chegar a resultados que os seus criadores não eram capazes de alcançar ou de prever.

Para definir a Inteligência Artificial, Russel e Norvig⁴ identificam duas principais características: uma associada como processo de raciocínio e motivação, e outra ligada ao comportamento. Nesse sentido, a principal diferença entre um algoritmo convencional e a IA está, justamente, na habilidade de acumular experiências próprias e extrair delas aprendizado, como um autodidata. Esse aprendizado, denominado de *machine learning*⁵, permite à IA atuar de forma diferente em uma mesma situação, a depender da sua performance anterior — o que é muito similar à experiência humana.

A modelagem cognitiva e as técnicas de racionalização permitem maior flexibilidade e a criação de programas de computador que podem “compreender”, isto é, que apresentam a capacidade de uma pessoa racional, como num processo da atividade cerebral.⁶ Tudo isso é possível graças a um algoritmo inspirado no processo por meio do qual o cérebro humano funciona, chamado de *deep learning*⁷, que é uma subdivisão do *machine learning*. Como resultado, tal algoritmo não conhece limitações teóricas sobre o que ele mesmo pode alcançar: quanto mais dados o programa receber, maior será a sua aprendizagem e aptidão para realizar atividades diversas.

Assim, quando um problema é dado para a IA resolver, os seus desenvolvedores não fornecem um algoritmo específico que descreve o passo a passo para alcançar a solução. Ao contrário, é fornecida, apenas, uma descrição do problema em si, o que permite à IA construir o caminho para chegar a uma solução, ou seja, a tarefa da IA é buscar por uma solução por meio do seu próprio aprendizado.⁸

Por causa da aplicação de *deep learning*, os computadores, atualmente, podem não apenas ouvir, mas escutar e entender o que é ouvido;⁹ podem, efetivamente, ver e descrever uma imagem,¹⁰ e aprender conceitos;¹¹ podem aprender a ler em diferentes idiomas ainda que seus próprios programadores não sejam capazes de fazê-lo.¹² As possibilidades são infinitas.¹³

4 RUSSEL, Stuart; NORVING, Peter. *Artificial Intelligence: a modern approach*. 3. ed. Harlow (UK): Pearson Education Limited, 2014.

5 Em tradução livre, literalmente, aprendizagem de máquina.

6 ČERKA, Paulius; GRIGIENĖ, Jurgita; SIRBIKYTĖ, Gintarė. Liability for damages caused by Artificial Intelligence. *Computer Law & Security Review*, Elsevier, v. 31, n. 3, p. 376-389, jun. 2015.

7 Em tradução livre, aprendizagem profunda.

8 POOLE, David; MACKWORTH, Alan. *Artificial Intelligence. Foundations of Computational Agents*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2010.

9 Em novembro de 2012, o então pesquisador-chefe da *Microsoft*, Rick Rashid, surpreendeu os participantes de uma palestra na China com a demonstração de um *software*, cujo algoritmo aplica o processo de *deep learning*, que não apenas escutava o que o interlocutor dizia em inglês, como, de forma simultânea, transcrevia suas palavras para texto com uma margem de erro de apenas 7%, traduzia para a língua chinesa e, posteriormente, simulava a própria voz do palestrante em mandarim, numa efetiva tradução simultânea. Cf. SPEECH RECOGNITION BREAKTHROUGH FOR THE SPOKEN, TRANSLATED WORD. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Nu-nlQqFCKg>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

10 Em novembro de 2014, a *Google* publicou sobre um *software*, baseado em *machine learning*, capaz de descrever imagens com precisão à primeira vista, produzindo legendas de forma autônoma. Cf. A PICTURE IS WORTH A THOUSAND (COHERENT) WORDS: BUILDING A NATURAL DESCRIPTION OF IMAGES. Disponível em: <<https://research.googleblog.com/2014/11/a-picture-is-worth-thousand-coherent.html>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

11 Em junho 2012, a *Google* anunciou o desenvolvimento de um algoritmo de *deep learning* que aprendeu, de forma independente, conceitos como pessoas e gatos apenas assistindo a vídeos da plataforma *YouTube*. Cf. USING LARGE-SCALE BRAIN SIMULATIONS FOR MACHINE LEARNING AND A.I. Disponível em: <<https://googleblog.blogspot.com.br/2012/06/using-large-scale-brain-simulations-for.html>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

12 Aprendizagem profunda tem sido utilizada para ler o chinês em nível de falante nativo. O algoritmo foi desenvolvido por pesquisadores baseados na Suíça, nenhum dos quais fala ou entende o chinês. Cf. CHAKRABORTY, Biplab. *Artificial Intelligence (AI): Will it help or hurt mankind?* 6 ago. 2017. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/artificial-intelligence-ai-help-hurt-mankind-biplab-chakraborty?trk=v-feed&lipi=urn%3Aai%3Apage%3Ad_flagship3_feed%3BrIFrhf9ZTCqLDC%2FCzJS%2BFw%3D%3D>. Acesso em: 10 ago. 2017.

13 Atualmente, a IA está ajudando os motoristas de táxi em Tóquio a buscar passageiros com o menor tempo de espera possível; a IA da *Google* já pode detectar câncer com uma melhor precisão do que os patologistas mais experientes; a tecnologia

Por outro lado, há quem afirme que os algoritmos baseados em *deep learning* são como uma caixa de pandora (*black-box*), simplesmente pelo fato de que programam a si mesmos e, portanto, não conhecem limites.¹⁴ Criadores de determinados algoritmos de *deep learning* admitem que não sabem como tais algoritmos realmente funcionam e como eles estão chegando aos resultados.¹⁵

Em razão disso, recentemente os holofotes recaíram sobre a questão dos limites da IA — ou da sua falta de limites —, tema de debate entre Mark Zuckerberg (CEO da *Facebook*) e Elon Musk (CEO da *Tesla* e da *SpaceX*). Os dois titãs da tecnologia revelaram visões antagônicas acerca do futuro da IA e do seu impacto na humanidade: enquanto Musk demonstra preocupações acerca de um possível futuro apocalíptico ao qual a IA levará a humanidade — inclusive sem descartar um cenário em que “robôs saem pelas ruas matando pessoas” —, Zuckerberg descarta essa visão excessivamente negativa de encarar o porvir.¹⁶

Ainda não são claros os riscos que essa nova tecnologia realmente apresenta, mas é premente a necessidade de se regular ao menos a responsabilidade pelas consequências danosas. Um aspecto é consenso: com a habilidade de treinar a si mesma e acumular experiências, a IA pode tomar decisões independentemente da vontade do seu desenvolvedor e, inclusive, chegar a resultados sequer passíveis de previsão pelos seus programadores.

Um exemplo singelo para ilustrar a capacidade da IA de aprender e responder ao meio ambiente, independentemente da vontade do seu desenvolvedor, ocorreu em 2002: o episódio da fuga do robô Gaak do *Magna Science Center*, na Inglaterra. A referida instituição realizou um projeto chamado “Robôs Vivos” (*Living Robots*), que consistiu em atribuir aos robôs os papéis de “predador” ou de “presa”, com a diretriz “caçar”, para o primeiro, e “fugir” para o segundo, lançando-os em seguida em uma arena. Usando sensores infravermelhos, a “presa” procurava alimentos indicados pela luz e o “predador” caçava e drenava a sua energia. O intuito do experimento era verificar se o princípio da sobrevivência do mais apto seria aplicável aos robôs dotados de IA e se eles poderiam se beneficiar da experiência adquirida, ou seja, se eram capazes de criar, de forma independente, novas técnicas de caça e autodefesa. Ocorre que, durante o experimento, o robô Gaak “presa”, involuntariamente deixado sem vigilância durante 15 minutos, conseguiu escapar da arena. O robô atravessou o muro da “prisão”, encontrou uma saída e foi para a rua. Chegou ao estacionamento onde foi atingido por um carro.¹⁷

No âmbito da *internet*, também se tem notícia da atuação da IA indesejada pelos seus criadores. Recen-

dos carros autônomos promete um futuro com um reduzidíssimo índice de acidentes rodoviários; os robôs já estão ajudando a cuidar dos idosos no Japão. Cf. CHAKRABORTY, Biplab. *Artificial Intelligence (AI): Will it help or hurt mankind?* 6 ago. 2017. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/artificial-intelligence-ai-help-hurt-mankind-biplab-chakraborty?trk=v-feed&lipi=urn%3Ali%3Apage%3Ad_flagship3_feed%3BrIrhF9ZTCqLDC%2FCzJS%2BFw%3D%3D>. Acesso em: 10 ago. 2017.

14 KNIGHT, Will. The dark secret at the heart of AI: no one really knows how the most advanced algorithms do what they do - that could be a problem. *MIT Technology Review*, abr. 2017. Disponível em: <<https://www.technologyreview.com/s/604087/the-dark-secret-at-the-heart-of-ai/>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

15 Em 2015, um grupo de pesquisa no *Mount Sinai Hospital*, em Nova Iorque, foi inspirado a aplicar *deep learning* no vasto banco de dados dos prontuários de pacientes. O programa resultante, que os pesquisadores chamaram de *Deep Patient*, foi treinado usando dados de cerca de 700.000 (setecentos mil) indivíduos e, quando testado em novos registros, foi incrivelmente eficaz em prever diversas doenças futuras. Ao mesmo tempo, *Deep Patient* é intrigante: parece antecipar o aparecimento de distúrbios psiquiátricos, como a esquizofrenia, de forma surpreendentemente eficaz, mas não oferece pistas sobre como isso acontece. Se algo como *Deep Patient* realmente vai ajudar os médicos, ele será ideal para dar-lhes o raciocínio para a sua previsão, para tranquilizá-los que é preciso e justificar, digamos, uma mudança nos medicamentos que alguém está sendo prescrito. Contudo, por sua natureza, o *deep learning* é uma verdadeira caixa de pandora, a esse respeito: KNIGHT, Will. The dark secret at the heart of AI: no one really knows how the most advanced algorithms do what they do - that could be a problem. *MIT Technology Review*, abr. 2017. Disponível em: <<https://www.technologyreview.com/s/604087/the-dark-secret-at-the-heart-of-ai/>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

16 BOGOST, Ian. *Why Zuckerberg and Musk are fighting about the robot future*. 27 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.theatlantic.com/technology/archive/2017/07/musk-vs-zuck/535077/>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

17 WAINWRIGHT, Martin. Robot fails to find a place in the sun. *The Guardian*, 20 jun. 2002. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/uk/2002/jun/20/engineering.highereducation>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

temente, Tsvetkova *et al.*¹⁸ analisou a interação entre dois *bots*¹⁹ da *Wikipedia*, cuja função era corrigir textos, e concluiu que os *bots* acabavam por desfazer as correções, uns dos outros, e não traziam, efetivamente, resultados práticos. Ocorre que, em termos de projeto e concepção, os *bots* eram idênticos, e foram a suas experiências e o seu processo de autoaprendizagem que os levaram a atuar de forma diversa para realizar um determinado objetivo.

Mesmo os robôs existentes na atualidade, com sistemas de Inteligência Artificial ainda em desenvolvimento, podem causar danos às pessoas. Conforme Omohundro, a IA desenvolvida sem precauções especiais deverá oferecer oposição à sua própria desconexão e tentar invadir outros sistemas tecnológicos para criar uma cópia de si mesma.²⁰ Da mesma forma, a IA projetada com um objetivo final específico poderá tentar adquirir recursos sem considerar a segurança de terceiros para alcançar o objetivo para o qual foi projetado.

Com a introdução de sistemas de IA mais avançados, a probabilidade de danos só aumentará. Isso porque é intrínseco à inteligência artificial: (a) o ímpeto de se auto aperfeiçoar; (b) o desejo de ser racional; (c) a busca pela preservação da utilidade das suas funções; (d) a prevenção da falsificação de seus resultados operacionais ou das suas propriedades funcionais; (e) o desejo de adquirir recursos e usá-los de forma eficiente.²¹ Essas aspirações são, apenas, objetivos intermediários e convergentes que levam ao objetivo final para o qual a IA foi criada. Ao alcançar tais objetivos intermediários, visando atingir o objetivo final, a IA pode causar danos a terceiros.

Nesse sentido, consoante a análise dos princípios da operação da IA realizada por Omohundro, Muehlhauser e Salamon identificam os seguintes fatores que determinam a ocorrência de danos: (i) o objetivo da IA de se preservar para maximizar a satisfação de seus objetivos finais; (ii) o objetivo da IA de preservar o conteúdo de seus objetivos finais — caso contrário, se o conteúdo de seus objetivos finais for alterado, a IA não atuará no futuro para maximizar a satisfação de seus objetivos finais presentes; (iii) o objetivo da IA de melhorar sua própria racionalidade e inteligência para melhorar a sua tomada de decisão e, assim, aumentar sua capacidade para atingir seus objetivos finais; (iv) o objetivo da IA de adquirir o máximo de recursos possível, para que esses recursos possam ser transformados e colocados em prática para a satisfação dos seus objetivos finais.²²

Os fatores acima demonstram, pois, que a operação da IA baseada na realização de metas pode resultar em danos. O exemplo do robô Gaak ilustra essa circunstância: ele usou a sua experiência acumulada para sobreviver num ambiente mutável. Assim, para atingir o seu objetivo — sobreviver —, o robô logrou escapar do centro de pesquisa e foi parar no estacionamento, onde foi atingido por um carro. O comportamento do robô Gaak surpreendeu até mesmo o seu criador, porque o sistema IA não havia sido programado para realizar ações específicas.²³ Gaak tomou a decisão independente de escapar do centro de pesquisa. Nesse contexto, a questão é: quem é responsável pelas ações de Gaak e quem deve compensar os danos causados?

18 Cf. TSVETKOVA, M. et al. Even good bots fight: The case of Wikipedia. *PLoS ONE*, v. 12, n. 2, 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1371/journal.pone.0171774>>.

19 *Bot*, diminutivo de *robot*, também conhecido como *Internet bot* ou *web robot*, é uma aplicação de *software* concebido para simular ações humanas repetidas vezes de maneira padrão, da mesma forma como faria um robô. Cf. KONGTON, Alisa et al. Implementing an online help desk system based on conversational agent. *Proceedings of the International Conference on Management of Emergent Digital EcoSystems*, n. 69, 2009.

20 OMOHUNDRO, S. M. The basic AI drives: self-aware systems. In: PROCEEDINGS OF THE 2008 CONFERENCE ON ARTIFICIAL GENERAL INTELLIGENCE. Amsterdã: IOS Press, 2008. p. 483-492.

21 MUEHLHAUSER, Luke; SALAMON, Anna. Intelligence explosion: evidence and import. In: EDEN, Amnon (Ed.) et al. *Singularity hypotheses: a scientific and philosophical assessment*. Heidelberg: Springer, 2012. p. 15-42. Disponível em: <<http://intelligence.org/files/IE-EI.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

22 MUEHLHAUSER, Luke; SALAMON, Anna. Intelligence explosion: evidence and import. In: EDEN, Amnon (Ed.) et al. *Singularity hypotheses: a scientific and philosophical assessment*. Heidelberg: Springer, 2012. p. 15-42. Disponível em: <<http://intelligence.org/files/IE-EI.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

23 WAINWRIGHT, Martin. Robot fails to find a place in the sun. *The Guardian*, 20 jun. 2002. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/uk/2002/jun/20/engineering.highereducation>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS ATOS INDEPENDENTES DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: NOTAS SOBRE A PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA

Resta saber, assim, quais as possíveis soluções acerca da responsabilização pelos danos causados pelos atos que a IA, como se viu, leva a cabo de forma autônoma, isto é, sem qualquer comando ou controle dado por um ser humano. Para iniciar o estudo do tema, ainda incipiente no Brasil, é referência a abordagem já iniciada no âmbito da União Europeia. Recentemente, o Parlamento Europeu editou a Resolução 2015/2103(INL), de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica.²⁴

O intuito da resolução é atribuir à União Europeia um papel de vanguarda no estabelecimento de princípios éticos básicos a serem respeitados no desenvolvimento, na programação e na utilização de robôs e de IA, visando à integração desses princípios nos regulamentos e na legislação dos seus estados-membros. O objetivo traduz-se, em grande medida, em moldar a revolução tecnológica, evitando, tanto quanto possível, potenciais riscos, a partir de uma abordagem gradual, pragmática e cautelosa como a defendida por Jean Monnet²⁵.

Nesse sentido, a exposição de motivos da resolução leva em consideração, entre outros aspectos, a concreta possibilidade de que, dentro de algumas décadas, a IA possa ultrapassar a capacidade intelectual humana, de modo que a própria aptidão do criador em controlar a sua criação é questionada. Para os autores do documento, essa e outras razões justificam a abordagem inicial do tema a partir de problemas de responsabilidade civil. Levando-se em consideração os riscos, pode-se adiantar que a corrente prevalente, ao menos como ponto de partida, defende a aplicação da responsabilidade objetiva de quem está mais bem colocado para oferecer garantias.²⁶

Primeiramente, vale delimitar o que a resolução considera um robô autônomo inteligente, a fim de determinar uma definição comum. Para assim ser denominado, o robô deve apresentar as seguintes características: (a) adquirir autonomia por meio de sensores e/ou mediante a troca de dados com o seu ambiente (interconectividade) e da análise destes; (b) aprender por si mesmo; (c) ter um suporte físico; (d) adaptar o seu comportamento e as suas ações ao ambiente em que se encontra.²⁷

A perspectiva de que a tecnologia avance a ponto de criar, efetivamente, robôs que se tornem ou sejam autoconscientes aliada ao atual estado da Teoria Geral da Responsabilidade Civil, segundo a qual, na maior parte dos casos de responsabilidade, responderá pelo dano quem lhe dá causa por conduta própria,²⁸ são ra-

24 UNIÃO EUROPEIA. *Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL))*. 2017. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN#BKMD-12>>. Acesso em: 10 out. 2017. Essa resolução teve como documento base a seguinte moção: UNIÃO EUROPEIA. *Projeto de Relatório que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2013(INL))*. Relatora Mady Delvaux, de 31 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPART+PE-582.443+01+DOC+PDF+V0//PT>>. Acesso em: 10 out. 2017.

25 Nesse ponto, a resolução faz referência à Declaração Schuman (1950): “A Europa não se fará de uma só vez, nem de acordo com um plano único. Far-se-á através de realizações concretas que criarão, antes de mais, uma solidariedade de facto”. Cf. UNIÃO EUROPEIA. Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)), Parágrafo “X”.

26 UNIÃO EUROPEIA. Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)). Parágrafo “Z” e seguintes.

27 UNIÃO EUROPEIA. Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)). Parágrafo 1º.

28 São exceções a responsabilidade pelo fato de outrem, derivada de um dever de guarda, vigilância e cuidado, como a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores que estiverem sob o seu poder e em sua companhia, o tutor e o curador pelos pupilos e curatelados, e o patrão pelos atos dos seus empregados. Ainda, a responsabilidade do dono do animal pelo fato deste, ou daquele que tinha a guarda da coisa, pelos fatos desta.

zões pelas quais alguns autores da doutrina²⁹ levantaram a questão de saber se os agentes artificiais deveriam ter reconhecido um estatuto jurídico próprio, como as pessoas jurídicas.

Tal perspectiva parte da ideia de que, se a IA será, de fato, totalmente autônoma, como uma superinteligência, então ela deverá ter a capacidade de atentar às suas ações e às consequências indesejáveis de tais ações. E, uma vez que esteja consciente de suas ações, à própria IA poderia ser imputável a responsabilidade por danos causados pelos seus próprios atos. Para tanto, porém, seria necessária uma radical mudança legislativa, que atribuísse, necessariamente, personalidade jurídica à IA.

O documento do Parlamento Europeu registra esse debate, expressamente, na sua exposição de motivos.³⁰ Em primeiro momento, demonstra preocupação com a circunstância de que, quanto mais autônomos os robôs se tornarem, menos poderão ser encarados como simples instrumentos ou ferramentas nas mãos de outros intervenientes (como o fabricante, o proprietário, o usuário etc.). Para os autores da proposta submetida ao parlamento, essa característica elementar faz com que as normas ordinárias em matéria de responsabilidade sejam insuficientes, já que a questão sempre se voltaria a como imputar a responsabilidade — no todo ou em parte — à própria máquina pelas suas ações ou omissões. Reconhecem, assim, a premência de se determinar qual o estatuto jurídico do robô.³¹

Nesse exercício teórico-filosófico, considerando que a autonomia dos robôs suscita a questão da sua natureza à luz das categorias jurídicas existentes, os autores da proposta submetida à apreciação do Parlamento, que viria a se tornar a resolução, questionavam-se se os robôs deveriam ser enquadrados como pessoas jurídicas, animais ou coisas, ou se deveria ser criada uma nova categoria, com características e implicações próprias no que tange à atribuição de direitos e deveres, incluindo a responsabilidade por danos.³²

Para ilustrar a complexidade do tema, Čerka *et al.*³³ faz interessante comparação da IA com o estatuto jurídico dos escravos no direito romano. Assim como a IA, o escravo romano não era sujeito de direito. O seu estatuto jurídico era equivalente ao de coisa, mas os seus atos, por óbvio, eram inteligentes e autoconscientes, fugindo ao controle de seus mestres. Como tal, não tinha capacidade jurídica, condição que era reservada apenas aos cidadãos livres. Sendo assim, o chefe de família responsável pela pessoa *alieni iuris*, ou seja, o seu dono, era responsabilizado pelos atos ilícitos cometidos pelos escravos.³⁴ Supondo que o paralelo entre o *status* jurídico da IA e o dos escravos romanos seja possível, os danos causados pelas ações da IA deveriam ser compensados pelo seu proprietário, ainda que levadas a cabo sem qualquer controle deste.

Se a IA poderá tornar-se uma pessoa jurídica ainda é hoje uma questão apenas teórico-filosófica, e o

29 Cf. LAUKYTĖ, Miglė. Artificial and Autonomous: A Person? In: CRNKOVIC, Gordana Dodig- et al. *Social Computing, Social Cognition, Social Networks and Multiagent Systems Social Turn - SNAMAS 2012*. Birmingham (UK): The Society for the Study of Artificial Intelligence and Simulation of Behaviour, 2012. Disponível em: <<http://events.cs.bham.ac.uk/turing12/proceedings/11.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

30 UNIÃO EUROPEIA. Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)). Parágrafos AB e AC.

31 UNIÃO EUROPEIA. *Projeto de Relatório que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2013(INL))*. Relatora Mady Delvaux, de 31 de maio de 2016. p. 5-6. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARG+PE-582.443+01+DOC+PDF+V0//PT>>. Acesso em: 10 out. 2017.

32 UNIÃO EUROPEIA. *Projeto de Relatório que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2013(INL))*. Relatora Mady Delvaux, de 31 de maio de 2016. p. 6. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARG+PE-582.443+01+DOC+PDF+V0//PT>>. Acesso em: 10 out. 2017. No texto aprovado da Resolução permanece a ressalva, no parágrafo AC, de forma mais genérica, cf.: “AC. *whereas, ultimately, the autonomy of robots raises the question of their nature in the light of the existing legal categories or whether a new category should be created, with its own specific features and implications*”.

33 ČERKA, Paulius; GRIGIENĖ, Jurgita; SIRBIKYTĖ, Gintarė. Liability for damages caused by Artificial Intelligence. *Computer Law & Security Review*, Elsevier, v. 31, n. 3, p. 385, jun. 2015.

34 Em casos danos causados por ato ilícito do escravo, a lei romana invocava uma regra geral de responsabilidade noxal, segundo a qual o proprietário deve indenizar os danos ou entregar o escravo ao lesado. Cf. ČERKA, Paulius; GRIGIENĖ, Jurgita; SIRBIKYTĖ, Gintarė. Liability for damages caused by Artificial Intelligence. *Computer Law & Security Review*, Elsevier, v. 31, n. 3, p. 385, jun. 2015.

registro dessa hipótese como uma opção a ser considerada na proposta de resolução apresentada ao Parlamento Europeu foi criticado, duramente, antes da aprovação do texto, como uma visão excessivamente inspirada pela ficção científica,³⁵ inapropriada à realidade e irrelevante, já que não traria qualquer benefício ao intuito original da proposta, que é formular um sistema mais efetivo à prevenção de riscos e à compensação de possíveis vítimas.³⁶

Mesmo projetos legislativos mais avançados na matéria³⁷ não atribuem personalidade jurídica à IA. Uma nota explicativa do Secretariado da UNCITRAL, acerca da Convenção das Nações Unidas sobre a Utilização de Comunicações Eletrônicas em Contratos Internacionais, estabelece, no seu artigo 12, o princípio de que a pessoa, natural ou jurídica, em cujo nome um computador foi programado, deve ser responsável por qualquer mensagem gerada pela máquina.

Em seguida, a seção explicativa n. 213 descreve que:

O artigo 12 é uma disposição habilitante e não deve ser interpretado, de forma equivocada, como a permitir que um sistema de mensagens automatizado ou um computador seja objeto de direitos e obrigações. As comunicações eletrônicas que são geradas automaticamente por sistemas de mensagens ou computadores sem intervenção direta humana devem ser consideradas como “originárias” da entidade jurídica em nome da qual o sistema de mensagens ou computador é operado. As questões relevantes à agência que possam surgir nesse contexto devem ser resolvidas de acordo com regras fora da Convenção.³⁸

Ou seja, a disposição garante que uma negociação eletrônica travada por uma IA seja considerada perfeita, reconhecendo como válida a manifestação de vontade por si exarada, bem como as obrigações daí decorrentes, sem reconhecer, contudo, a personalidade jurídica da IA, atribuindo a responsabilidade pelos

35 O projeto de relatório chega a mencionar como modelo de princípios gerais a serem adotados pelos criadores e programadores da IA as leis da robótica extraídas da literatura de Isaac Asimov, uma coleção de contos publicada em 1950, intitulada “Eu, robô”. As chamadas “Leis de Asimov” são: (1) “um robô não pode magoar um ser humano ou, por inação, permitir que tal aconteça”; (2) “um robô tem de obedecer às ordens dos seres humanos, exceto quando tais ordens entrarem em conflito com a primeira lei”; (3) “um robô tem de proteger a sua própria existência desde que tal proteção não entre em conflito com a primeira ou com a segunda lei”. Os autores da proposta chegam a elencar uma lei (0), “um robô não pode magoar a humanidade ou, por inação, permitir que tal aconteça” e partem da premissa que as Leis de Asimov têm de ser perspectivadas como direcionadas aos criadores, produtores e operadores de robôs, uma vez que tais leis não poderiam ser convertidas em código de máquina. Cf. UNIÃO EUROPEIA. *Projeto de Relatório que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2013(INL))*. Relatora Mady Delvaux, de 31 de maio de 2016. p. 4. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-582.443+01+DOC+PDF+V0//PT>>. Acesso em: 10 out. 2017. Apesar das críticas, a referência às Leis Asimov não foi suprimida pela versão final, constando no parágrafo “I” da Resolução.

36 NEVEJANS, Nathalie. *European civil law rules in robotics*. European Union, 2016. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/supporting-analyses-search.html>>. Acesso em: 17 out. 2017. Dentre as críticas da autora, vale o contraponto à referência do relatório às leis Asimov. Nevejans ressalta a circunstância de que Asimov escreveu as leis da robótica como uma ferramenta literária, deixando-as deliberadamente vagas para torná-las mais interessantes à trama e aos seus desdobramentos fictícios, sendo que de forma alguma o autor estabeleceu leis para além de um literário inteligente, não podendo tais leis serem consideradas como verdadeiros princípios legais, independentemente da circunstância de poderem ser convertidos em código de máquina ou não, como afirmado pelo projeto de relatório.

37 A exemplo, o projeto *RoboLAW* (título completo: *Regulating Emerging Robotic Technologies in Europe: Robotics Facing Law and Ethics*), lançado oficialmente em março de 2012 e financiado pela Comissão Europeia para investigar formas em que as tecnologias emergentes no campo de bio-robótica (na qual está incluída a IA), vem influenciando os sistemas jurídicos nacionais europeus. A matéria desafia as categorias e qualificações jurídicas tradicionais, expondo quais os riscos para os direitos e liberdades fundamentais que devem ser considerados, e, em geral, demonstra a necessidade de regulação e como esta pode ser desenvolvida no âmbito interno de cada país. A esse respeito, cf.: PALMERINI, Erica. The interplay between law and technology, or the RoboLaw. In: PALMERINI, Erica; STRADELLA, Elettra (Ed.). *Law and Technology: The Challenge of Regulating Technological Development*. Pisa: Pisa University Press, 2012. p. 208. Disponível em: <http://www.robolaw.eu/RoboLaw_files/documents/Palmerini_Intro.pdf>. Acesso: 20 ago. 2017.

38 Tradução livre do original: “Article 12 is an enabling provision and should not be mis-interpreted as allowing for an automated message system or a computer to be made the subject of rights and obligations. Electronic communications that are generated automatically by message systems or computers without direct human intervention should be regarded as ‘originating’ from the legal entity on behalf of which the message system or computer is operated. Questions relevant to agency that might arise in that context are to be settled under rules outside the Convention”.

seus atos à pessoa em cujo nome a IA agiu.³⁹ Essa interpretação está em conformidade com a regra geral de que o operador de uma ferramenta é responsável pelos resultados obtidos pelo seu uso, uma vez que a ferramenta não tem volição independente própria.

Pagallo⁴⁰ explica que a responsabilidade, na seara dos contratos, dos direitos e obrigações estabelecidos por meio da IA, é geralmente interpretada do ponto de vista jurídico tradicional, que define a IA como ferramenta (*AI-as-tool* ou *robot-as-tool*). Isso significa vincular a responsabilidade objetiva pelo comportamento da máquina à pessoa física ou jurídica em nome de quem ela age, independentemente de tal comportamento ser planejado ou previsto, com consequências similares à responsabilidade vicária⁴¹.

A teoria da IA como ferramenta implicaria afirmar uma responsabilidade distinta a depender de quem está fazendo o seu uso, ou seja, nos casos em que a IA é utilizada por empresas para prestar serviços e oferecer produtos — isto é, a situação em que a IA age em nome de um fornecedor —, em contraposição a outros casos em que a IA é empregada pelo usuário para desempenhar determinadas atividades sob a supervisão deste. Isso porque — poderá ser arguido — se a IA têm, efetivamente, a habilidade de aprender da sua própria experiência, haverá um correspondente dever de guarda e vigilância do seu proprietário ou usuário, que é quem seleciona e proporciona experiências à IA.⁴² Até porque essas experiências são singulares de cada indivíduo artificial.⁴³

A cogitar a correção de se atribuir um dever de guarda e vigilância aos proprietários e usuários da IA (muitas vezes, enquadrados enquanto consumidores), o projeto submetido ao Parlamento Europeu faz menção a essas circunstâncias, especialmente quando as partes responsáveis por “ensinarem” o robô, cujos atos causarem danos, acabarem por ser identificadas.⁴⁴ O texto aprovado na Resolução⁴⁵ confirma, em tais casos, a possibilidade de se determinar que a responsabilidade da pessoa que “treinou” o robô possa ser proporcional ao nível efetivo de instruções dadas ao robô e ao nível de autonomia da IA, de modo que, quanto maior a capacidade de aprendizagem ou de autonomia do robô e quanto mais longo for o “treinamento”, maior deverá ser a responsabilidade do seu “treinador” — o que qualificaria o possível “mau uso” por parte do usuário ou do proprietário. Observa-se, em especial, que as competências resultantes do “treinamento” dado a um robô não devem ser confundidas com as competências estritamente dependentes das suas ca-

39 ČERKA, Paulius; GRIGIENĖ, Jurgita; SIRBIKYTĖ, Gintarė. Liability for damages caused by Artificial Intelligence. *Computer Law & Security Review*, Elsevier, v. 31, n. 3, p. 376-389, jun. 2015.

40 PAGALLO, Ugo. *The laws of robots: crimes, contracts, and torts*. Heidelberg: Springer, 2013.

41 Responsabilidade vicária é o termo utilizado, principalmente nos países de common law, para designar a responsabilidade do superior hierárquico pelos atos dos seus subordinados ou, em um sentido mais amplo, a responsabilidade de qualquer pessoa que tenha o dever de vigilância ou de controle pelos atos ilícitos praticados pelas pessoas a quem deveriam vigiar. Distingue-se da responsabilidade contributiva pela circunstância essencial de que o conhecimento do responsável não é um elemento necessário para a atribuição da responsabilidade. No direito pátrio, seriam os casos de responsabilidade pelo fato de terceiro, derivada de um dever de guarda, vigilância e cuidado, nos termos do art. 932 do Código Civil, como a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores que estiverem sob o seu poder e em sua companhia, o tutor e o curador pelos pupilos e tutelados, e o patrão pelos atos dos seus empregados.

42 Dessa linha de argumentação poderia derivar, ainda, uma excludente de causalidade, atribuindo ao usuário, por vezes vítima, uma culpa exclusiva, que viria a excluir a responsabilidade dos fabricantes da IA quando a causa direta é, de fato, o uso da IA, ou o seu mau uso, fazendo com que ela desenvolva novas habilidades que extrapolam o seu projeto original.

43 Cf. o caso dos *bots* da *Wikipedia* anteriormente citados - casos em que projetos idênticos de IA, isto é, idênticos algoritmos, desenvolveram métodos diversos de proceder às correções dos textos, justamente porque se baseavam nas suas experiências prévias, que são singulares de cada indivíduo artificial.

44 UNIÃO EUROPEIA. *Projeto de Relatório que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2013(INL))*. Relatora Mady Delvaux, de 31 de maio de 2016. p. 11. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-582.443+01+DOC+PDF+V0//PT>>. Acesso em: 10 out. 2017.

45 Texto original: “*Considers that, in principle, once the parties bearing the ultimate responsibility have been identified, their liability should be proportional to the actual level of instructions given to the robot and of its degree of autonomy, so that the greater a robot’s learning capability or autonomy, and the longer a robot’s training, the greater the responsibility of its trainer should be; notes, in particular, that skills resulting from “training” given to a robot should be not confused with skills depending strictly on its self-learning abilities when seeking to identify the person to whom the robot’s harmful behaviour is actually attributable; notes that at least at the present stage the responsibility must lie with a human and not a robot*”. UNIÃO EUROPEIA. Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)). Parágrafo 56.

pacidades de autoaprendizagem, quando se procurar identificar a pessoa a quem se deve, efetivamente, o comportamento danoso do robô: se ao usuário ou ao criador. De qualquer forma, a responsabilidade deverá ser imputada a um ser humano, e não ao robô.

Para Pagallo⁴⁶, as principais repercussões da teoria da IA como ferramenta na seara contratual, uma vez aliada às normativas europeias sobre a responsabilidade por defeito do produto, seriam as seguintes: (a) a IA atua em nome do principal P, de modo a negociar e fazer um contrato com a contraparte C; (b) os direitos e obrigações estabelecidos pela IA vinculam diretamente P, uma vez que todos os atos da IA são considerados atos de P; (c) P não pode evadir a responsabilidade alegando que não pretendia celebrar tal contrato ou que a IA cometeu um erro decisivo; (d) no caso do comportamento errático da IA, P poderia reclamar danos contra o criador ou fabricante da IA, uma vez demonstrado que a IA estava com defeito e que tal defeito já existia quando a IA estava sob o controle do fabricante e, além disso, que o defeito foi a causa imediata das lesões sofridas por P.

A depender do caso, portanto, os danos causados pela IA poderão atrair as disposições sobre a responsabilidade pelo produto. No âmbito da União Europeia, a solução apresentada por Pagallo está de acordo com o convencionado na Diretiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1985,⁴⁷ sobre a responsabilidade pelo produto defeituoso.

A diretiva poderia ser aplicada em diversas circunstâncias em que produtos que apresentem a tecnologia da IA sejam introduzidos no mercado de consumo, particularmente aos casos em que o fabricante não informa suficientemente ao consumidor os riscos associados aos robôs autônomos, ou se os sistemas de segurança do robô forem deficientes a ponto de não oferecerem a segurança esperada.⁴⁸

Uma vez cumpridos os deveres de informação e de segurança impostos ao fornecedor e provado que não há defeito na sua fabricação, permanece, porém, a polêmica acerca da aplicação da responsabilidade pelo produto aos danos causados pela IA, tendo em vista, ainda, que a diretiva europeia prevê, expressamente, a excludente da responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento.⁴⁹

Nesse sentido, a Diretiva 85/374/CEE, em seu artigo 7º, alínea “e”, dispõe que: “O produtor não é responsável nos termos da presente diretiva se provar: (...) e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito”⁵⁰, resguardando-se, porém, aos estados-membros, a faculdade de afastar tal excludente de responsabilidade em suas legislações internas, consoante o artigo 15, número 1, alínea “b”, do mesmo diploma⁵¹.

Resta saber se as consequências lesivas dos atos independentes da IA devem ser consideradas abrangidas pelo risco do desenvolvimento ou, em sentido oposto, se a IA, que, ao agir de forma não determinada e nem prevista por seus programadores, causa dano, representa um fato do produto pela simples circunstância de haver causado dano.

46 PAGALLO, Ugo. *The laws of robots: crimes, contracts, and torts*. Heidelberg: Springer, 2013.

47 UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31985L0374>>. Acesso em: 19 out. 2017.

48 NEVEJANS, Nathalie. *European civil law rules in robotics*: European Union. 2016. p. 18. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/supporting-analyses-search.html>>. Acesso em: 17 out. 2017.

49 A esse respeito, cf. REINIG, Guilherme Henrique Lima. *A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento*. São Paulo: Atlas, 2013.

50 UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31985L0374>>. Acesso em: 19 out. 2017.

51 “Artigo 15º - 1. Qualquer Estado-membro pode: (...) b) Em derrogação da alínea e) do artigo 7º, manter ou, sem prejuízo do procedimento definido no nº 2, prever na sua legislação que o produtor é responsável, mesmo se este provar que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação do produto em circulação não lhe permitia detectar a existência do defeito”. UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31985L0374>>. Acesso em: 19 out. 2017.

Essa segunda é a opinião de alguns autores sobre o tema, especialmente quando chamados a responder sobre a responsabilização pelos acidentes causados pelo carro autônomo (sem motorista).⁵² Para essa corrente, deve ser adotada como premissa a presunção de que qualquer dano causado pela IA será, necessariamente, resultado de uma falha humana *res ipsa loquitur*, seja uma falha de projeto, de fabricação, de montagem ou de informação suficiente ao usuário acerca da segurança e do uso apropriado do produto.⁵³ Essa abordagem não faz qualquer distinção entre os casos em que há um vício de concepção ou de produção da IA, em relação aos casos em que os danos causados pelos atos independentes da IA ocorrem quando o produto está em perfeito funcionamento, mas apresenta riscos intensos em razão do estado da técnica.⁵⁴

Vale lembrar que é intrínseca à tecnologia da IA a indeterminação dos objetivos intermediários para se alcançar o fim almejado. Sendo assim, enquanto não houver regulação estipulando limites aos meios utilizados pela IA para alcançar o seu objetivo, para todos os efeitos, o produto estará funcionando em conformidade com o estado da técnica e efetivamente apresentará a segurança que dele se pode esperar, isso se for posto em prática o dever de informação e o dever de segurança imposto ao fornecedor. A questão é justamente essa: ainda que se observem tais deveres, a IA poderá causar danos no seu regular procedimento, os quais serão inevitáveis pelos seus criadores e poderão estar abrangidos na noção de risco do desenvolvimento.

ČERKA *et al.*⁵⁵ chamam a atenção para o fato de que a aplicação da responsabilidade por fato do produto aos casos em que a IA causar danos deve gerar um ônus de prova extremamente gravoso a quem incumbir, justamente em razão da sua característica essencial: a autoaprendizagem conforme as suas experiências e a capacidade de tomar decisões autônomas. Se a IA é um sistema de autoaprendizagem, por isso mesmo pode ser impossível traçar a tênue linha entre os danos resultantes do processo da autoaprendizagem próprio da IA e o defeito preexistente de fabricação produto.

É consenso, pois, que a IA apresenta riscos, possivelmente um risco excepcional, frisa-se. E, também, parece mais adequado considerar tal risco como algo inerente à própria tecnologia da IA, tendo em vista a sua falta de limites, como já foi exposto anteriormente.

Por tais razões, a resolução do Parlamento Europeu sobre as disposições de direito civil aplicáveis à robótica faz a ressalva de que, não obstante a aplicação da atual Diretiva 85/374/CEE aos casos de responsabilidade por defeito do produto, o atual quadro jurídico não seria suficiente para abranger os danos provocados pela nova geração de robôs, em razão das possíveis capacidades adaptativas e de aprendizagem que integram um certo grau de imprevisibilidade no seu comportamento.⁵⁶

Por fim, a resolução sugere que os futuros instrumentos legislativos devem basear-se numa avaliação

52 Os carros sem motoristas da *Google* já foram testados em vias públicas por anos e por centenas de milhares de quilômetros. Câmeras, dispositivos de posicionamento global, muitos programas analíticos complexos e algoritmos (e outros dispositivos muito além da nossa compreensão), tudo é empregado para proporcionar um carro capaz de dirigir quase da mesma maneira que os humanos fazem — quase porque, na verdade, o fazem melhor. O carro “assiste” à estrada, procura, constantemente, outros carros, pedestres, obstruções, desvios e assim por diante, e ajusta sua velocidade conforme o tráfego, o clima e todos os outros fatores que afetam a segurança da operação do veículo. São programados para evitar uma colisão com um pedestre, outro veículo ou obstáculos quaisquer. Em toda a operação teste, a *Google* afirmou ter registrado apenas um único acidente. Tudo indica que: “*Driving is risky because drivers are humans*”, nesse sentido, cf.: VLADECK, David C. Machines without principals: liability rules and Artificial Intelligence. *Washington Law Review*, n. 89, p. 126, 2014.

53 KINGSTON, J. K. C. Artificial Intelligence and legal liability. In: BRAMER, Max; PETRIDIS, Miltos (Ed.). *Research and Development in Intelligent Systems XXXIII: incorporating applications and innovations in Intelligent Systems XXIV* (Proceedings of AI-2016, The Thirty-Sixth SGAI International Conference on Innovative Techniques and Applications of Artificial Intelligence). Cham (CH): Springer International Publishing AG, 2016.

54 VLADECK, David C. Machines without principals: liability rules and Artificial Intelligence. *Washington Law Review*, n. 89, p. 117, 2014.

55 ČERKA, Paulius; GRIGIENĖ, Jurgita; SIRBIKYTĖ, Gintarė. Liability for damages caused by Artificial Intelligence. *Computer Law & Security Review*, Elsevier, v. 31, n. 3, p. 376-389, jun. 2015.

56 UNIÃO EUROPEIA. *Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL))*. 2017. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN#BKMD-12>>. Acesso em: 10 out. 2017. Parágrafo “AH” e “AP”.

aprofundada efetuada pela Comissão de Direito Civil sobre Robótica, determinando se deve ser aplicada a responsabilidade objetiva pela abordagem da gestão de riscos.⁵⁷

A aplicação da responsabilidade objetiva exigiria, pois, apenas a prova de que ocorreu um dano e o estabelecimento de uma relação de causalidade entre o funcionamento lesivo do robô e os danos sofridos pela parte lesada. Pela abordagem de gestão de riscos, por sua vez, a responsabilidade não se concentra na pessoa “que atuou de forma negligente” como responsável individualmente, mas como a pessoa capaz, em certas circunstâncias, de minimizar riscos e lidar com impactos negativos.⁵⁸

Nesse ponto, é interessante a abordagem pela teoria *deep-pocket* (literalmente, “bolso profundo”), conforme a denominação cunhada no direito norte-americano. Por meio da sua aplicação, toda pessoa envolvida em atividades que apresentam riscos, mas que, ao mesmo tempo, são lucrativas e úteis para a sociedade, deve compensar os danos causados pelo lucro obtido. Seja o criador da IA, seja o fabricante de produtos que empregam IA, seja uma empresa ou um profissional que não está na cadeia produtiva da IA, mas que a utiliza em sua atividade, como uma transportadora que usa os veículos autônomos, isto é: aquele que tem o “bolso profundo” e aproveita os lucros dessa nova tecnologia deve ser o garante dos riscos inerentes às suas atividades, sendo exigível, inclusive, que se faça um seguro obrigatório de danos.⁵⁹

Ao final, o documento, que serviu para iniciar o debate que deverá culminar na posterior regulamentação da responsabilidade civil pelos atos da IA na legislação interna dos países-membros da União Europeia, destaca que uma solução possível e provável, tendo em conta a complexidade do tema, deve ser a instituição de um regime de seguros obrigatórios, como já acontece, por exemplo, com a circulação de automóveis nos países-membros, que deverá impor aos produtores ou aos proprietários de robôs a subscrição de um seguro para cobrir os potenciais danos que vierem a ser causados pelos seus robôs, sugerindo, ainda, que esse regime de seguros seja complementado por um fundo de compensação, para garantir, inclusive, a reparação de danos não abrangidos por qualquer seguro.⁶⁰

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Está claro que a Inteligência Artificial (IA) não encontra limites teóricos e que inúmeros danos podem dela derivar. É premente, pois, a necessidade de se avançar na temática para se determinar a quem deverá ser imputada a responsabilidade pelos atos que a IA executa de forma autônoma, muitas vezes sem previsão por parte de seus criadores e sem controle por qualquer pessoa humana.

Como se demonstrou no primeiro capítulo, a relevância do problema exposto é tangível e tende a afetar cada vez mais a sociedade, já que os estudos preveem um avanço imensurável da tecnologia nas próximas décadas. É razoável de se esperar que, até o final do século, tenhamos programas de inteligência artificial atuando em todos os aspectos da vida moderna, como transporte, saúde, educação, nas forças armadas e, especialmente, no mercado de consumo.

57 UNIÃO EUROPEIA. *Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL))*. 2017. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN#BKMD-12>>. Acesso em: 10 out. 2017. Parágrafo 53.

58 UNIÃO EUROPEIA. *Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL))*. 2017. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN#BKMD-12>>. Acesso em: 10 out. 2017. Parágrafos 54 e 55.

59 Nesse sentido: ČERKA, Paulius; GRIGIENĖ, Jurgita; SIRBIKYTĖ, Gintarė. Liability for damages caused by Artificial Intelligence. *Computer Law & Security Review*, Elsevier, v. 31, n. 3, p. 376-389, jun. 2015.

60 UNIÃO EUROPEIA. *Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL))*. 2017. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN#BKMD-12>>. Acesso em: 10 out. 2017. Parágrafos 57, 58 e 59.

As conclusões da resolução, que registra as intenções da União Europeia em termos de futura regulação da matéria pelos seus estados-membros, não se afastam dos avanços que a Responsabilidade Civil tem logrado alcançar nos últimos tempos, notadamente quanto ao deslocamento do seu próprio fundamento dogmático: o enfoque da responsabilidade civil já não é o ato ilícito de quem ocasiona o prejuízo, senão o dano de quem injustamente o suporta, sendo o seu fim precípua a reparação, isto é, a distribuição das consequências econômicas derivadas de um evento danoso. A adoção da responsabilidade objetiva imposta aos criadores e fabricantes, seja pela responsabilidade do produto, seja pela gestão de riscos, visa proporcionar a absorção dos riscos por aqueles que têm a melhor oportunidade de contratar o seguro, impondo-se, até mesmo, a sua obrigatoriedade.

Por outro lado, a teoria da IA como ferramenta, com a consequente atribuição da responsabilidade para a pessoa em cujo nome a IA age, isto é, à disposição e sob a supervisão de quem a IA se encontra — o seu usuário ou proprietário —, pode gerar repercussões interessantes e, inclusive, ser capaz de impor um dever de cuidado e de vigilância aos “treinadores” da IA, ou mesmo uma responsabilidade compartilhada pelos usuários na rede. Esse é um aspecto que deverá receber enfoque doutrinário no futuro, tendo em vista a tendência de se permitir aos usuários o desenvolvimento de suas próprias aplicações a partir da IA de código aberto.

Do exame proposto, pode-se concluir que a resolução do Parlamento Europeu não trata das diferentes abordagens apresentadas de forma antinômica. Ao contrário, dá a elas um caráter complementar e confere maior importância a um ou outro aspecto das teorias, a depender do suporte fático envolvido. Ou seja, admite, a depender da autonomia e das instruções dadas ao robô, a atribuição de responsabilidade ao “treinador” do robô, que poderá ser o seu proprietário ou usuário, e estabelece, em maior grau, a responsabilidade objetiva daquele que está mais bem colocado para minimizar os riscos e oferecer garantias, estabelecendo como proposta, ainda, a adoção de seguros obrigatórios para absorver os riscos.

A expectativa é de que esse artigo tenha servido como abre-alas para tão rica temática, que demanda atenção especial da comunidade acadêmica, para que seja capaz de fornecer o devido substrato dogmático aos legisladores pátrios quando a hora da regulamentação chegar. Espera-se que, no futuro próximo, os estudos da legislação aplicada à Inteligência Artificial avancem, consideravelmente, para ultrapassar as meias soluções.

REFERÊNCIAS

- BOGOST, Ian. *Why Zuckerberg and Musk are fighting about the robot future*. 27 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.theatlantic.com/technology/archive/2017/07/musk-vs-zuck/535077/>>. Acesso em: 18 ago. 2017.
- ČERKA, Paulius; GRIGIENĖ, Jurgita; SIRBIKYTĖ, Gintarė. Liability for damages caused by Artificial Intelligence. *Computer Law & Security Review*, Elsevier, v. 31, n. 3, p. 376-389, jun. 2015.
- CHAKRABORTY, Biplab. *Artificial Intelligence (AI): Will it help or hurt mankind?* 6 ago. 2017. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/artificial-intelligence-ai-help-hurt-mankind-biplab-chakraborty?trk=v-feed&lipi=urn%3Ali%3Apage%3Ad_flagship3_feed%3BrIFrhf9ZTCqLDC%2FCzJS%2BFw%3D%3D>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- DOMINGOS, Pedro. *The master algorithm*. How the quest for the ultimate learning machine will remake our world. New York: Basic Books, 2015.
- FAIRGRIEVE, Duncan (Ed.). *Product liability in comparative perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- GRACE, Katja et al. *When Will AI Exceed Human Performance? Evidence from AI Experts*. Disponível em:

<<https://arxiv.org/abs/1705.08807>> Acesso em: 24 ago. 2017.

GREENE, Jayson. *Do Androids Dream of Electric Guitars?* Exploring the Future of Musical A. I. 2017. Disponível em: <<http://pitchfork.com/features/overtones/10091-do-androids-dream-of-electric-guitars-exploring-the-future-of-musical-ai/>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

KINGSTON, J. K. C. Artificial Intelligence and legal liability. In: BRAMER, Max; PETRIDIS, Miltos (Ed.). *Research and Development in Intelligent Systems XXXIII: incorporating applications and innovations in Intelligent Systems XXIV* (Proceedings of AI-2016, The Thirty-Sixth SGAI International Conference on Innovative Techniques and Applications of Artificial Intelligence). Cham (CH): Springer International Publishing AG, 2016.

KNIGHT, Will. The dark secret at the heart of AI: no one really knows how the most advanced algorithms do what they do - that could be a problem. *MIT Technology Review*, abr. 2017. Disponível em: <<https://www.technologyreview.com/s/604087/the-dark-secret-at-the-heart-of-ai/>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

KONGTON, Alisa et al. Implementing an online help desk system based on conversational agent. *Proceedings of the International Conference on Management of Emergent Digital EcoSystems*, n. 69, 2009.

LAUKYTĖ, Miglė. Artificial and Autonomous: A Person? In: CRNKOVIC, Gordana Dodig- et al. *Social Computing, Social Cognition, Social Networks and Multiagent Systems Social Turn - SNAMAS 2012*. Birmingham (UK): The Society for the Study of Artificial Intelligence and Simulation of Behaviour, 2012. Disponível em: <<http://events.cs.bham.ac.uk/turing12/proceedings/11.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

MUEHLHAUSER, Luke; SALAMON, Anna. Intelligence explosion: evidence and import. In: EDEN, Amnon (Ed.) et al. *Singularity hypotheses: a scientific and philosophical assessment*. Heidelberg: Springer, 2012. p. 15-42. Disponível em: <<http://intelligence.org/files/IE-EI.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

NEVEJANS, Nathalie. *European civil law rules in robotics*. European Union, 2016. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/supporting-analyses-search.html>>. Acesso em: 17 out. 2017.

OMOHUNDRO, S. M. The basic AI drives: self-aware systems. In: PROCEEDINGS OF THE 2008 CONFERENCE ON ARTIFICIAL GENERAL INTELLIGENCE. Amsterdã: IOS Press, 2008. p. 483-492.

PAGALLO, Ugo. *The laws of robots: crimes, contracts, and torts*. Heidelberg: Springer, 2013.

PALMERINI, Erica. The interplay between law and technology, or the RoboLaw. In: PALMERINI, Erica; STRADELLA, Elettra (Ed.). *Law and Technology: The Challenge of Regulating Technological Development*. Pisa: Pisa University Press, 2012. p. 208. Disponível em: <http://www.robolaw.eu/RoboLaw_files/documents/Palmerini_Intro.pdf>. Acesso: 20 ago. 2017.

POOLE, David; MACKWORTH, Alan. *Artificial Intelligence: Foundations of Computational Agents*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2010.

REINIG, Guilherme Henrique Lima. *A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento*. São Paulo: Atlas, 2013.

RUSSEL, Stuart; NORVING, Peter. *Artificial Intelligence: a modern approach*. 3. ed. Harlow (UK): Pearson Education Limited, 2014.

TSVETKOVA, M. et al. Even good bots fight: The case of Wikipedia. *PLoS ONE*, v. 12, n. 2, 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1371/journal.pone.0171774>>.

TUTT, Andrew. An FDA for Algorithms. *Administrative Law Review*, v. 69, n. 1, p. 83, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2747994>>. Acesso em: 10 out. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de*

Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)). 2017. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN#BKMD-12>>. Acesso em: 10 out. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Projeto de Relatório que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2013(INL))*. Relatora Mady Delvaux, de 31 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-582.443+01+DOC+PDF+V0//PT>>. Acesso em: 10 out. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31985L0374>>. Acesso em: 19 out. 2017.

VLADECK, David C. Machines without principals: liability rules and Artificial Intelligence. *Washington Law Review*, n. 89, p. 117, 2014.

WAINWRIGHT, Martin. Robot fails to find a place in the sun. *The Guardian*, 20 jun. 2002. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/uk/2002/jun/20/engineering.highereducation>> Acesso em: 20 ago. 2017.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro

Sharenting, freedom of expression and children's privacy in the digital environment: the role of application providers under the Brazilian legal framework

Fernando Büscher von
Tessenhausen Eberlin

Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro*

Sharenting, freedom of expression and children's privacy in the digital environment: the role of application providers under the Brazilian legal framework

Fernando Büscher von Teschenhausen Eberlin**

RESUMO

Por meio das redes sociais, os pais contam suas experiências de vida e, às vezes, divulgam informações de caráter pessoal dos filhos, como fotografias, informações de localização, colégio em que estudam, rede de amigos, questões de saúde, dentre outras. Essa prática, conhecida como sharenting, cria um rastro digital que acompanha as crianças durante a vida, tem implicações no âmbito da privacidade, e coloca em rota de colisão a liberdade de expressão dos pais e a proteção dos dados pessoais dos filhos. Esse trabalho analisa essa prática e os mecanismos do Marco Civil da Internet (MCI) e da jurisprudência para endereçar tal colisão de normas. O artigo, também, analisa o papel dos provedores de aplicação, em especial redes sociais e ferramentas de busca, na criação de mecanismos que assegurem o direito ao esquecimento das crianças (a ser exercido quando entram na vida adulta) e que previnam o compartilhamento exagerado de informações pelos pais; a esse respeito, foi realizada a comparação dos modelos brasileiro e europeu, com análise normativa e jurisprudencial, objetivando encontrar elementos que auxiliem o modelo brasileiro na formulação legislativa para proteção da liberdade de expressão dos pais e da privacidade das crianças. Ao final, conclui-se pela pertinência de políticas públicas para educação em relação aos riscos do sharenting e pela necessidade de positivação de um dever de diligência dos provedores para que atuem preventivamente (melhorando a qualidade das informações sobre os riscos associados ao sharenting) e corretivamente (implementando mecanismos para efetivação do direito ao esquecimento).

Palavras-chave: Sharenting. Liberdade de Expressão. Privacidade. Direito ao Esquecimento. Proteção de Dados Pessoais.

ABSTRACT

Parents use social networks to share their own life experiences (as a father or a mother) and sometimes they also share personal information about their children, such as photographs, location, the school they study, their

* Recebido em 03/10/2017
Aprovado em 25/10/2017

** Doutorando e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. MBA em Ciências do Consumo Aplicadas pela Escola Superior de Propaganda e Marketing. Especialista em Direito da Responsabilidade Civil pela Direito SP (FGV). Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor do Programa de Pós Graduação Lato Sensu da Direito SP (FGV). Advogado em São Paulo. Email: fernando@eberlin.adv.br

friends network, health issues, among others. This practice, known as sharenting, creates a digital footprint that follows the child throughout his/her life, creates privacy issues and opposes parents' freedom of expression and children's personal data protection interests. The paper analyses this parental behaviour and the mechanisms to address such collision of norms under the Brazilian Internet Legal Framework (MCI) and jurisprudence. The article also examines the role of application providers, especially social networks and search engines, in the implementation of mechanisms to ensure children's right to be forgotten (to be exercised when they enter adult life) and to prevent the oversharing of information by their parents; in this particular issue, the Brazilian and European models are compared through a normative and jurisprudential analysis aiming to find elements to a legislative formulation for the Brazilian model that could ensure parents' freedom of expression as well as children's privacy. In the end, it is concluded that public policies targeting education about sharenting risks are needed, as well as the creation of a duty of care to providers in order to make them act preventively (improving the quality of information about the risks associated with sharenting) and correctively (implementing mechanisms to enforce the right to be forgotten).

Keywords: Sharenting. Freedom of expression. Privacy. Right to be forgotten. Personal data protection.

1. INTRODUÇÃO

Uma marca do mundo contemporâneo é a expressiva quantidade de informações disponíveis na rede mundial de computadores e as possíveis formas de utilização desses dados. Esse fenômeno conduz a debates jurídicos importantes ligados à privacidade, ao mau uso (ou ao uso não autorizado) de dados e à liberdade de expressão.

Em razão das implicações jurídicas decorrentes do tratamento de dados, é crescente a discussão sobre o papel, os deveres e a responsabilidade dos provedores de aplicação em relação à coleta, tratamento, e uso de informações. Uma discussão à parte nesse contexto diz respeito à responsabilidade de provedores de redes sociais e ferramentas de busca pelo conteúdo gerado por terceiros.

Este artigo irá discutir as questões acima no contexto da exposição de dados pessoais de crianças quando os pais, familiares, amigos ou mesmo pessoas ligadas a colégios e cursos frequentados por menores inserem informações a respeito destes na internet. Isso pode ocorrer nas situações mais simples como a do pai orgulhoso dos êxitos de seu filho que posta em suas redes sociais fotografias e comentários sobre atividades na escola, competições esportivas ou certificados obtidos pela criança no curso de idiomas. O compartilhamento de informações feito pelos pais na internet é denominado sharenting, conceito este que será tratado na Seção 2 deste trabalho.

A Seção 3 irá analisar a evolução das discussões referentes à colisão entre liberdade de expressão e a privacidade para associar tais debates ao contexto do sharenting. Utilizar as redes sociais para expressar aspectos da vida e das experiências da maternidade ou paternidade é um hábito dos dias atuais e constitui uma das vertentes do direito de se expressar livremente. Os pais, contudo, ao exercerem essa liberdade, expõem, sem o consentimento dos filhos, dados a respeito destes que, no futuro, podem não corresponder ao seu desejo. A liberdade de expressão dos pais, portanto, colide com interesses relativos à privacidade dos filhos, cujo incômodo com a divulgação de dados pessoais pode surgir apenas quando a criança atingir a maturidade.

Esse artigo, também, discutirá o papel dos provedores de aplicações de internet, em especial redes sociais e ferramentas de busca, para limitar a divulgação de informações de caráter pessoal de crianças. A Seção 4 irá analisar o atual contexto regulatório brasileiro em relação ao tema e a Seção 5 estudará o modelo europeu, a fim de investigar quais condutas poderiam (ou deveriam) ser adotadas pelos provedores de aplicação no contexto do sharenting.

2. O SHARENTING E OS DADOS PESSOAIS DE MENORES

Sharenting é uma expressão da Língua Inglesa que decorre da união das palavras “share” (compartilhar) e “parenting” (cuidar, no sentido de exercer o poder familiar). A prática consiste no hábito de pais ou responsáveis legais postarem informações, fotos e dados dos menores que estão sob a sua tutela em aplicações de internet. O compartilhamento dessas informações, normalmente, decorre da nova forma de relacionamento via redes sociais¹ e é realizado no âmbito do legítimo interesse dos pais de contar, livremente, as suas próprias histórias de vida, da qual os filhos são, naturalmente, um elemento central².

O problema jurídico decorrente do sharenting diz respeito aos dados pessoais das crianças que são inseridos na rede mundial de computadores ao longo dos anos e que permanecem na internet e podem ser acessados muito tempo posteriormente à publicação, tanto pelo titular dos dados (criança à época da divulgação) quanto por terceiros. Essas informações podem causar impactos desde a infância até a vida adulta e, como explica Steinberg, podem expor as crianças a constrangimentos em razão de histórias, fotografias ou comentários divulgados na web que possam ser considerados embaraçosos³. Um dado pessoal, na acepção jurídica do termo, é toda e qualquer informação que pode ser associada a uma pessoa certa, específica e determinada⁴. Exemplos clássicos são o nome ou o número de documento de alguém. Se um pai ou uma mãe expuserem na internet o nome de seus filhos (ou um número de documento ou algo que, isoladamente, permita identificá-los), eles estarão divulgando os dados pessoais da criança. Também podem ser enquadrados nesse conceito informações que, quando analisadas em conjunto, permitam identificar o titular dos dados. Informações anônimas (ou anonimizadas), tais como padrões de comportamento de um grupo de pessoas não identificáveis, não são consideradas dados pessoais.

É interessante notar que, mesmo que não haja, explicitamente, a intenção dos pais de exporem seus filhos ou, ainda, que os pais tentem exercer mecanismos para preservar os dados pessoais dos menores (omitindo o nome, por exemplo), a análise do comportamento dos adultos nas redes sociais pode permitir que terceiros façam inferências a respeito de informações que possam ser associadas a uma criança concreta e específica, tais como localização, idade, aniversário e religião⁵. Basta, para tanto, compartilhar uma recordação de viagem, de festa ou de ida à igreja em que o filho ou a filha esteja acompanhando o pai ou a mãe.

A ideia de sharenting, também, abarca as situações em que os pais fazem a gestão da vida digital de seus filhos na internet, criando perfis em nome das crianças em redes sociais e postando, constantemente, informações sobre sua rotina. É o caso da mãe que, ainda grávida, cria uma conta em uma rede social para o bebê que irá nascer. Tal rede social será alimentada com fotografias, recordações sobre aniversários, primeiros passos, primeiros dias escola, amigos, animais de estimação, relacionamento com familiares e várias outras informações. Nesse caso, os pais não estão tão somente administrando as suas próprias vidas digitais, mas também criando redes paralelas em nome de seus filhos.

1 “Typical individuals among us, even the well-educated, are technologically unsophisticated, and the cultural and economic pressures to engage in transactions that call for information disclosures are great.” ALLEN, Anita L. Protecting one’s own privacy in a big data economy. *Harvard Law Review*, v. 130, p. 71-78, dez. 2016. p. 73.

2 STEINBERG, Stacey B. Sharenting: Children’s privacy in the age of social media. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 66, p. 839-884, 2017. Disponível em: <<http://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1796&context=facultypub>>. Acesso em: 21 ago. 2017. p. 877.

3 A autora menciona, inclusive, a existência de grupos de adultos em redes sociais que ironizam fotografias desse tipo compartilhadas por outros pais STEINBERG, Stacey B. Sharenting: Children’s privacy in the age of social media. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 66, p. 839-884, 2017. Disponível em: <<http://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1796&context=facultypub>>. Acesso em: 21 ago. 2017. p. 854.

4 Seguindo esse conceito, o Decreto 8.771/2016, que regulamenta a Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet – MCI), estabelece que dado pessoal é todo “dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locais ou identificadores eletrônicos, quando estes estiverem relacionados a uma pessoa”.

5 STEINBERG, Stacey B. Sharenting: Children’s privacy in the age of social media. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 66, p. 839-884, 2017. Disponível em: <<http://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1796&context=facultypub>>. Acesso em: 21 ago. 2017. p. 848.

A exposição exagerada de informações sobre menores pode representar ameaça à intimidade, vida privada e direito à imagem das crianças, interesses estes que são expressamente protegidos pelo art. 100, V da lei n. 8.069/1.990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Esse aspecto é especialmente importante porque o conceito de privacidade é contextual, temporal e depende muito do modo de vida e nível de exposição que o titular do direito está disposto a oferecer. Nesse contexto, é perfeitamente possível (senão provável) que o critério sobre privacidade que os pais possuam seja diferente daquele que a criança vai desenvolver na vida adulta. Em outras palavras, a criança pode desaprovar a conduta dos seus pais e entender que teve sua vida privada exposta indevidamente durante a infância⁶.

O exposto acima não significa, contudo, que deva existir uma proibição total e absoluta de compartilhamento, por parte dos pais, de informações referentes aos seus filhos. Primeiramente, porque cabe a eles o direito-dever de cuidar dos filhos e decidir o que é mais conveniente para as crianças em termos de vida digital e no seu melhor interesse. Além disso, deve ser considerada a liberdade de expressão dos pais de manifestar os seus próprios momentos ao lado dos filhos, mesmo que isso implique divulgar dados pessoais desses últimos.

Na maioria das vezes, não há a intenção por parte do pai ou da mãe de expor seus filhos e respectivos dados; no entanto, muitas vezes os responsáveis legais não têm conhecimento das consequências que o seu comportamento *on-line* pode causar aos menores ao longo do tempo⁷. Essa falta de compreensão das consequências da exposição de dados tem a ver com o baixo entendimento a respeito dos mecanismos da sociedade da informação⁸, que tem como um dos pressupostos a constante coleta de dados. A falta de conhecimento e de meios práticos para limitar a coleta de dados dificulta o argumento de que os pais seriam responsáveis pela excessiva exposição de informações de seus filhos⁹. Alguns exemplos da sociedade da informação mostram como a questão dos dados se torna complexa em função, por exemplo, da interação bastante constante entre os diversos tipos de mídia.

Com efeito, no mundo contemporâneo, comportamentos que outrora expunham crianças, mas que eram de certa forma controlados, não possuem, atualmente, a mesma possibilidade de controle. A esse respeito, Oswald, James e Nottingham estudaram a dinâmica de um documentário de televisão sobre a vida de crianças de 4, 5 e 6 anos. Antes do advento das redes sociais, o documentário seria exibido, repercutiria durante algum tempo, e, possivelmente, seria esquecido pela maioria das pessoas. Nos dias de hoje, no entanto, paralelamente à exibição do documentário, os telespectadores podem compartilhar comentários em redes sociais (especialmente o Twitter) a respeito das crianças que participam do programa. Tais comentários não podem ser controlados e são feitos e visualizados na internet por pessoas que não tem nenhuma relação com o círculo familiar ou de amizade dos pais. O conteúdo a respeito da criança na internet não cairá no esquecimento como o documentário televisivo, na medida em que ficará acessível na rede, podendo vir à

6 Além do aspecto da privacidade referente ao direito de não ser molestado ou de não ter a vida pessoal indevidamente exposta, também há o viés da privacidade como direito à autodeterminação informativa, ou seja, o direito de determinar o que será feito com os dados pessoais coletados no âmbito da prestação de um serviço. Esse aspecto será devidamente explorado na próxima Seção.

7 STEINBERG, Stacey B. *Sharenting: Children's privacy in the age of social media*. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 66, p. 839-884, 2017. Disponível em: <<http://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1796&context=facultypub>>. Acesso em: 21 ago. 2017. p. 847.

8 “A sociedade da informação é uma nova formação política, social e econômica firmada por relações em rede, centrada na coleta, seleção, triagem e distribuição de dados por meio das tecnologias da informação. Os processos e funções essenciais em sociedade permanecem em constante e rápida transformação. E, com o advento da internet e o seu crescente uso, tornou-se ainda mais viável o exercício das liberdades atinentes ao tratamento da informação e aos modos de expressão, possibilitando ainda a imortalização e o compartilhamento de notícias e dados diversos sem limites de tempo e espaço.” MOREIRA, Rodrigo Pereira; MEDEIROS, Jaqueline Souza. *Direito ao Esquecimento: Entre a Sociedade da Informação e a Civilização do Espetáculo*. *Revista de Direito Privado*, v. 70, p. 71-98, 2016.

9 “The capacity of individuals qua individuals to take steps in daily life to limit Big Data's ability to capture data is limited by deficits of knowledge and practical alternatives. Holding individuals responsible for something they can do nothing about makes little sense, raising the spectre that Big Data leaves us helpless to meaningfully protect our own privacy and secure our own information.” ALLEN, Anita L. *Protecting one's own privacy in a big data economy*. *Harvard Law Review*, v. 130, p. 71-78, dez. 2016. p. 76.

tona anos depois¹⁰.

A sociedade da informação, também, permite que terceiros disponibilizem na internet informações pessoais de crianças como escolas que compartilham fotos em redes sociais de eventos, competições e festas envolvendo a participação de menores. No ambiente escolar, as fotografias tiradas por pais de alunos de seus filhos em eventos do colégio com outras crianças e a posterior disponibilização dessas fotografias em redes sociais é um tema muito debatido no Reino Unido e foi objeto de uma pesquisa conduzida por Bessant no ano de 2013 junto a 206 autoridades locais (“councils”) responsáveis pela gestão educação na Inglaterra, Escócia e País de Gales¹¹. O resultado encontrado aponta para o entendimento de que os pais têm o direito de fotografar seus filhos com outras crianças, desde que as fotografias se restrinjam a uma utilização pessoal. O compartilhamento das fotos na internet, contudo, é uma questão que ainda não foi respondida pela regulamentação do Reino Unido, o que causa bastante debate naqueles países¹².

As próprias crianças, também, podem gerar conteúdo que ofenda a privacidade de outros menores. O cyberbullying é uma prática que vem ganhando espaço na internet e que pode expor indevidamente informações pessoais de menores. Tal prática, de acordo com Viana, Maia e Albuquerque, é um problema de saúde pública que justifica certas limitações à liberdade de expressão¹³. Nair relata o caso extremo ocorrido em uma escola na Índia em que um menor gravou com uma câmera de celular ato sexual entre ele e sua namorada, disponibilizando o conteúdo a seus amigos, o qual, posteriormente, ficou disponível em um site de internet¹⁴.

Um último exemplo que mostra como dados pessoais de crianças podem ficar disponíveis na sociedade da informação está ligado aos mecanismos que os próprios pais usam em relação aos seus filhos, não com o objetivo de compartilhar informações, mas sim de preservar a segurança das crianças. A esse respeito, Simpson estuda o uso de equipamentos de GPS para, em nome da segurança, monitorar a localização geográfica de crianças. Tal tipo de dispositivo levanta uma série de discussões em relação à privacidade, na medida em que implica obrigar alguém (uma criança) a usar um dispositivo que gerará uma base de dados a respeito de sua localização que pode ser utilizada para diversas finalidades, inclusive comerciais¹⁵. O autor debate, ainda,

10 “They [children] can appear on social media because of the actions of others, such as parents posting photographs on a Facebook or Instagram page, or even opening a Twitter account for their baby. Where young children feature in fly-on-the-wall reality documentaries on broadcast media, however, they risk becoming the target of comment on social media outside of their immediate friends of family. This content is discoverable long after the original broadcast. We refer to them as ‘Generation Tagged’” OSWALD, Marion; JAMES, Helen; NOTTINGHAM, Emma. The not-so-secret life of five-year-olds: legal and ethical issues relating to disclosure of information and the depiction of children on broadcast and social media. *Journal Of Media Law*, v. 8, n. 2, p. 198-228, 13 out. 2016. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/17577632.2016.1239942>. p. 199.

11 “The problem, however, is that when a parent takes a photograph at a school event such as a sports day or school play, it will often prove difficult for the parent to capture their child’s image alone. This is particularly the case if the parent wishes to show the child in context, and to record the child’s relationship with its peers and its involvement in the event. Whilst one might certainly accept a parent’s right to disseminate their own children’s photographs as they wish, the online dissemination of other children’s images is a very different matter.” BESSANT, Claire. Data protection, safeguarding and the protection of children’s privacy: exploring local authority guidance on parental photography at school events. *Information & Communications Technology Law*, v. 23, n. 3, p. 256-272, 2 set. 2014. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/13600834.2014.973178>. p. 258.

12 BESSANT, Claire. Data protection, safeguarding and the protection of children’s privacy: exploring local authority guidance on parental photography at school events. *Information & Communications Technology Law*, v. 23, n. 3, p. 256-272, 2 set. 2014. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/13600834.2014.973178>. p. 271.

13 VIANA, Janile Lima; MAIA, Cinthia MANESES; ALBUQUERQUE, Paulo Germano Barrozo de. O cyberbullying e os limites da liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

14 “The case involved two school children in a public school in Delhi, in which a minor boy allegedly recorded his sexual act with his girlfriend in school using his camera-equipped cell phone and later transmitted it to friends. This video clip was widely circulated and eventually found its way to a popular auctions website, called bazee.com.” NAIR, Abhilash. Mobile phones and the internet: Legal issues in the protection of children. *International Review Of Law, Computers & Technology*, v. 20, n. 1-2, p. 177-185, mar. 2006. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/13600860600579779>. p. 179.

15 “[...] the ability to locate individuals through such systems has led to many questions being asked about the manner in which GPS tracking can undermine privacy rights, either through compelling some persons to wear such tagging devices as well as the manner in which such tracking builds up a database of individual’s movements which may be valuable for law enforcement or commercial purposes.” SIMPSON, Brian. Tracking children, constructing fear: GPS and the manufacture of family safety. *Information*

os impactos que esse tipo de monitoramento pode trazer ao desenvolvimento da criança, que, utilizando um dispositivo tal como esse, não irá explorar os locais públicos com a mesma liberdade de alguém não monitorado¹⁶.

Os mecanismos para coleta de dados de crianças na sociedade contemporânea, como visto, são bastante amplos e os interesses sobre os dados das crianças podem ser os mais variados, desde a curiosidade, passando pelos crimes ligados à pedofilia até o objetivo de realizar práticas comerciais¹⁷.

Uma das alternativas no campo das políticas públicas para o tema, tal como sugere Steinberg, seria a implementação de medidas para educar os pais sobre o uso de mídias sociais e que reconheçam a necessidade de proteção da privacidade das crianças. A proposta permitiria não apenas aos pais, mas também a parentes, amigos, colegas e quaisquer outros terceiros que tenham relação com crianças, a aquisição de conhecimentos importantes sobre os riscos envolvidos no uso de redes sociais para compartilhar informações referentes a menores. Esse tipo de conhecimento permitiria aos pais compartilharem suas histórias de vida nas redes sociais protegendo, ao mesmo tempo, a privacidade de seus filhos¹⁸.

A proposta que este artigo objetiva aprofundar, também, envolve mecanismos de informação e educação digital, contudo sob a ótica das obrigações específicas dos provedores de aplicação de internet que, de algum modo, lidam com dados pessoais de crianças. Para traçar o caminho para essa proposta, faz-se necessário debater a atual dimensão dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e à proteção de dados pessoais, conforme será feito na Seção 3 a seguir.

3. A COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO CASO DO SHARENTING

A liberdade de expressão e o direito à privacidade são entendidos como direitos fundamentais, e, no âmbito das discussões referentes ao direito à privacidade, nasce, no Brasil, a ideia do direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Sobre a liberdade de expressão, o art. 5º, IV da Constituição Federal (CF) estabelece o direito à livre manifestação do pensamento e o art. 220 da Carta Magna reforça a liberdade de informação, vedando, expressamente, a existência de dispositivos que possam constituir embaraço à liberdade de expressão jornalística ou, ainda, censura de natureza política, ideológica ou artística. Os contornos do direito à liberdade de expressão foram definidos pela jurisprudência brasileira ao longo dos anos. Um dos aspectos mais importantes dessa definição é a discussão sobre um possível caráter absoluto atribuível à liberdade de expressão.

16 *Communications Technology Law*, v. 23, n. 3, p. 273-285, 2 set. 2014. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/13600834.2014.970377>. p. 274.

17 In the case of GPS tracking and important question to ask is whether such devices, often presented as liberating children through their ability to allow parents to ensure their child is safe by monitoring the child's location, actually restrict children's movements by both creating a greater fear of the public realm as well as in a practical sense allowing parents to impose and enforce more limited movement in certain areas. In this sense, the days when children explored independently may be lost if a parent can track the child's location at all times. SIMPSON, Brian. Tracking children, constructing fear: GPS and the manufacture of family safety. *Information & Communications Technology Law*, v. 23, n. 3, p. 273-285, 2 set. 2014. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/13600834.2014.970377>. p. 275

18 "Collecting children's personal data may be a gold mine for online businesses who can profile children according to the details they provide with regard to their age, home town, gender, favourite cartoons, parents' occupation etc. The information collected is used to target children with advertisements relevant to their interests, and to profile them as consumers." BARTOLI, Emmanuelle. Children's data protection vs marketing companies. *International Review Of Law, Computers & Technology*, v. 23, n. 1-2, p. 35-45, jul. 2009. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/13600860902742612>. p. 35.

18 STEINBERG, Stacey B. Sharenting: Children's privacy in the age of social media. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 66, p. 839-884, 2017. Disponível em: <<http://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1796&context=facultypub>>. Acesso em: 21 ago. 2017. p. 867.

A esse respeito, um caso emblemático é o HC 82.424-2¹⁹ impetrado em favor de Siegfried Ellwanger, que tentava descaracterizar a ocorrência de crime de racismo decorrente da publicação de livros com ideias antissemitas. O Supremo Tribunal Federal (STF) analisou o direito à liberdade de expressão, entendendo que, apesar de fundamental para o Estado Democrático de Direito, este *não é absoluto* e encontra limitações nos demais direitos fundamentais²⁰. O STF reconheceu a ocorrência de uma *colisão de princípios*, especificamente a liberdade de expressão e a *dignidade*, e utilizou, na maioria dos votos proferidos nesse julgamento, a técnica do *sopesamento* com o uso do princípio da *proporcionalidade*, analisando, detidamente, o conflito no caso concreto (e não de maneira abstrata), conforme técnica que será analisada mais adiante.

Outro caso que exemplifica a construção do entendimento sobre o direito à liberdade de expressão no Brasil é o REsp n. 74.473-RJ²¹, em que os herdeiros do jogador de futebol Garrincha pleiteavam indenização de empresa cinematográfica que utilizou a imagem do jogador em um filme intitulado “Isto é Pelé”. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que Garrincha possui o direito sobre a sua imagem, a sua capacidade atlética e a criação do seu espírito, elementos que possuiriam um aspecto patrimonial, que pode ser defendido por seus herdeiros. Sendo o jogador um dos principais destaques do filme (“muito superior à simples coadjuvância de outros jogadores”), o Tribunal entendeu presente a ofensa ao *direito de imagem*, em conflito, no caso concreto, com a liberdade de expressão.

As características da liberdade de expressão construídas pela jurisprudência (direito não absoluto, que deve ser ponderado com o direito à dignidade, à honra e à imagem, além de outros direitos fundamentais) podem ser aplicadas à sua atual dimensão no mundo digital. Com efeito, uma das características essenciais da internet é a viabilização de espaços para que o usuário possa manifestar, de forma imediata, rápida e em padrões nunca antes imaginados, ideias e pensamentos a respeito de si próprio ou de terceiros. Por esse motivo, juntamente à proteção da privacidade, a garantia do direito à liberdade de expressão foi reconhecida no MCI como “condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet” (art. 8º da Lei 12.965/2014).

Em relação à proteção de dados pessoais, o caráter fundamental desse direito está ligado à tutela da privacidade e à possibilidade de o rol de direitos e garantias da CF ser complementado por outros decorrentes de princípios constitucionais (§ 2º do art. 5º da CF). O art. 5º, X da CF prevê que são “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. O Código Civil (CC), por seu turno, estabelece que a vida privada da pessoa natural é inviolável (art. 21), constituindo a privacidade um direito de personalidade.

A evolução histórica da legislação sobre proteção de dados demonstra a relação desse direito com a tutela da privacidade. Mendes explica essa evolução em 4 gerações de leis²². A primeira, na década de 70, era fruto da preocupação das pessoas em relação aos bancos de dados das Administrações Públicas e do poder que esses dados conferiam ao Estado sobre a vida privada dos cidadãos. Nessa fase, as leis estabeleciam procedimentos para novos bancos de dados (como a exigência de uma autorização pública prévia para criação de um sistema de armazenamento). Na segunda geração, a preocupação não era mais com os procedimentos,

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 2144-3. Paciente: Siegfried Ellwanger. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. *DJ*. Brasília, 19 mar. 2004.

20 A inexistência de princípios absolutos em sistemas jurídicos que incluam direitos fundamentais se alinha com o entendimento de Alexy: “É fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais. Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a direitos coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar, não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentos pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direitos.” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012. p.111.

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 74.473-RJ. Recorrentes: Edenir dos Santos Mario e Outros. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF, 25 de fevereiro de 1999. *DJ*. Brasília, 21 jun. 1999.

22 MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 37.

mas sim com normas de proteção de dados pessoais e privacidade. A terceira geração, a partir da década de 80, consagra a ideia de autodeterminação informativa, ou seja, as pessoas passam a participar do processamento de dados “como um envolvimento contínuo em todo o processo, desde a coleta, o armazenamento e a transmissão e não apenas como opção entre ‘tudo ou nada’”²³. Por fim, a quarta geração de proteção de dados introduz uma proteção maior aos chamados “dados sensíveis”²⁴ e, também, marca o surgimento de normas setoriais a respeito do assunto.

Essas gerações de leis se desenvolveram juntamente à sociedade dos dados, a qual, segundo Schreiber, traz à privacidade um significado que vai além da tradicional proteção da vida íntima, representando, também, um direito de controle sobre os dados pessoais, ou seja, o direito de a pessoa escolher se quer ou não ter as suas informações divulgadas e compartilhadas²⁵.

No caso do Sharenting, essa nova dimensão do direito à privacidade é bastante complexa. De fato, como explica Steinberg, as crianças têm interesse em proteger as informações negativas (ou até mesmo positivas) a seu respeito que foram postadas por seus pais, evitando sua disseminação sem controle, assim como podem não concordar com a decisão dos pais de compartilhar informações pessoais; contudo, as crianças não possuem uma opção de *opt-out* e nenhum tipo de controle em relação às decisões de seus pais que deixem rastros digitais²⁶. Essa falta de controle por parte dos titulares dos dados (crianças) nega o exercício do direito à autodeterminação informativa²⁷. A proteção à privacidade, nesse contexto, ganha contornos bastante complexos.

O reconhecimento da proteção de dados pessoais como direito fundamental, de acordo com Mendes, é uma “necessidade para tonar efetivos os fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito, na sociedade contemporânea da informação, conforme determina a Constituição Federal”²⁸. No caso específico da internet, o MCI estabeleceu, expressamente, a proteção da privacidade e dos dados pessoais como princípio do uso da internet no Brasil (art. 3º, II e III da Lei 12/965/2014), corroborando, portanto, o entendimento acima.

23 MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 42.

24 Os dados sensíveis são aqueles que se relacionam a questões muito particulares das pessoas, tais como gênero, orientação sexual, origem social e étnica, convicções políticas, orientação religiosa, questões filosóficas, dados de saúde, informações genéticas, dentre outras. No Brasil, o conceito de informação sensível foi positivado pela Lei do Cadastro Positivo (Lei n. 12.414/2011, art. 3º, § 3º, II). A problemática dos dados sensíveis está na possibilidade de seu uso para finalidades discriminatórias ou lesivas: “A coleta, armazenamento e divulgação de características como raça, credo religioso, opção sexual, política, são exemplos de condutas que afetam esses dados sensíveis, uma vez que seu uso indevido pode acarretar práticas com finalidades discriminatórias ou potencialmente lesivas, individual ou coletivamente” VIANA, Rafael Souza; SANTANA, Héctor Valverde. O compartilhamento de dados e informações pessoais de consumidores: o abuso dos fornecedores e as propostas apresentadas no PLS 181/2014. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 1, p. 238-253, 8 maio 2017. <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v7i1.4579>. p. 246.

25 “Em uma sociedade caracterizada pelo constante intercâmbio de informações, o direito à privacidade deve se propor a algo mais que àquela finalidade inicial, restrita à proteção da vida íntima. Deve abranger também o direito da pessoa humana de manter o controle sobre os seus dados pessoais. Mais sutil, mas não menos perigosa que intromissão na intimidade doméstica de uma pessoa, é a sua exposição ao olhar alheio por meio de dados fornecidos ou coletados de forma aparentemente inofensiva, no preenchimento de um cadastro de hotel ou no acesso a um site qualquer.” SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 129. Mais adiante, o autor conclui: “Como se vê, a tutela da privacidade, nessa nova acepção, não se contenta com a proibição à intromissão alheia na vida íntima (dever geral de abstenção). Impõe também deveres de caráter positivo, como o dever de solicitar autorização para a inclusão do nome de certa pessoa em um cadastro de dados ou o dever de possibilitar a correção de dados do mesmo cadastro pelo seu titular, a qualquer tempo.” SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 131.

26 STEINBERG, Stacey B. Sharenting: Children’s privacy in the age of social media. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 66, p. 839-884, 2017. Disponível em: <<http://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1796&context=facultypub>>. Acesso em: 21 ago. 2017. p. 843.

27 O princípio da autodeterminação informativa significa ter o poder de determinar o que será feito com os dados pessoais eventualmente fornecidos, assim como ter o direito de ter os dados utilizados apenas para a finalidade para a qual foram coletados. No Direito Brasileiro, esse princípio foi positivado pela Lei 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo) no art. 5º, VII.

28 MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 172.

Seguindo essa tendência, o caráter fundamental do direito à proteção de dados foi expressamente reconhecido na legislação comunitária europeia, por meio do Regulamento 2016/679²⁹, que considera a proteção de dados como um direito fundamental (arts. 1º e 2) que deve ser equilibrado com outros direitos fundamentais em conformidade com o princípio da proporcionalidade.

No caso do sharenting, portanto, há dois interesses em colisão. De um lado, os direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais das crianças e, do outro, o direito à liberdade de expressão dos pais (e, eventualmente de terceiros - colégio, amigos) no ambiente digital.

O conflito entre as normas que regulam tais direitos deve ser endereçado por meio de técnicas de ponderação. Alexy explica que as normas são classificadas como regras ou princípios. As regras devem ser analisadas como normas que impõem condutas (ou proibição de condutas) e que devem ser aplicadas a um determinado caso concreto na *exata maneira como formuladas*; nem mais, nem menos³⁰. Se duas regras entrarem em conflito, uma delas deve ser declarada inválida e os critérios a serem utilizados para a solução desse conflito são os da “*lex posterior derogat priori* e *lex specialis derogat legi generali*”³¹. O conflito entre regras, portanto, ocorre na dimensão da validade das normas, ou seja, uma regra será válida e a outra não. Os princípios, por seu turno, são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”³². Em outras palavras, os princípios são mandamentos de otimização, normas de maior generalidade, que, quando analisadas isoladamente, podem levar a resultados diferentes em uma mesma situação concreta. Os princípios em colisão devem ser sopesados com base na máxima da proporcionalidade, ou seja, deverá haver a relativização dos princípios em face das possibilidades jurídicas em cada caso concreto³³.

Ainda em relação ao conflito entre direitos fundamentais, Canaris reconhece que “pertence à essência dos princípios gerais de Direito que eles entrem, com frequência, em conflito entre si, sempre que, tomados em cada um, apontem soluções opostas”. Nesse contexto, para se trabalhar com as aparentes contradições/oposições de princípios e valores, deve-se lançar mão de ferramentas tais como a interpretação sistemática, ou seja, interpretar uma norma ou uma situação entendendo o sentido de cada princípio para o sistema e buscando uma solução, no caso concreto, que faça valer esse sentido³⁴.

A análise sobre os direitos a serem tutelados no caso do sharenting demanda mecanismos de solução para os casos concretos (seja pela ponderação com base no princípio da proporcionalidade, seja com base na interpretação sistemática), sendo necessário encontrar uma justa medida para preservar tanto o direito à liberdade de expressão dos pais e de terceiros como o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais de crianças. Como visto nos exemplos acima, o uso desse tipo de mecanismo não é novo na jurisprudência brasileira e pode ser perfeitamente aplicado aos casos de conflitos entre princípios na sociedade da informação.

Nesse cenário, a atuação das aplicações de internet pode contribuir para que se alcance a melhor solução, uma vez que, em relação ao sharenting, a questão da proteção dos dados pessoais (e, também, da privacidade) das crianças surge quando os seus pais postam informações a seu respeito *por meio de aplicações* que funcionam como uma espécie de *intermediário* para divulgação dos dados. Havendo um caráter potencialmente lesivo nos serviços fornecidos pelos provedores de internet, é necessário entender se existe e quais seriam os critérios de responsabilidade dessas aplicações, assim como quais seriam os direitos e deveres de tais intermediários no âmbito de sua prestação de serviços. A análise sobre o papel dos provedores de aplicação será efetuada na próxima Seção.

29 Regulamento (UE) do Parlamento Europeu e do Conselho nº 2016/679, de 27 de abril de 2016, Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=en>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

30 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 91.

31 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 93.

32 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 90.

33 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 117.

34 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 205.

4. A RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO PELO CONTEÚDO GERADO POR TERCEIROS E O ATUAL O MODELO BRASILEIRO

Uma aplicação de internet, de acordo com o MCI, é o “conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet” (art. 5º, VII, da Lei 12.965/2014). Um provedor de aplicações, portanto, é aquele que dá acesso a esse conjunto de funcionalidades.

Analisando-se o contexto europeu e a possível responsabilidade dos provedores de aplicação pelo conteúdo gerado por terceiros, Erdos³⁵ elenca três espécies de provedores: (i) o mero processador de informações, que armazena e comunica dados de terceiros, como um provedor de hospedagem (*processor host*); (ii) o processador de informações que, além de armazenar e comunicar dados de terceiros, também, é um controlador desses dados, na medida em que trabalha a forma de comunicação das informações, como ocorre com o Facebook e o Youtube (*controller host*) e (iii) o intermediário, que desenvolve suas atividades de maneira independente do detentor dos dados, como é o caso de sites de avaliação e de ferramentas de busca especializadas (*independent intermediary*). Em função do tipo de atividade que desenvolvem, os provedores teriam responsabilidades maiores ou menores em relação ao conteúdo gerado por terceiros.

Na primeira situação (*processor host*), o provedor que simplesmente publica informações obedecendo instruções de um terceiro não ficaria, a princípio, sujeito à responsabilidade civil, pois não possui ingerência em relação às informações armazenadas no website hospedado, não fazendo, ademais, nenhuma atividade de tratamento de dados pessoais³⁶. No caso do sharenting, seria a hipótese do provedor que hospeda um site feito por um pai que insere na página de internet por ele criada dados pessoais de seu filho. O pai, dono do site, pode vir a ser responsabilizado, mas o provedor de hospedagem não.

Já o *controller host* possui alguns deveres de cuidado em relação aos dados pessoais. Isso ocorre porque esse tipo de provedor efetua uma atividade de tratamento das informações (determinando, por exemplo, a forma como os dados serão comunicados a terceiros, como ocorre com as redes sociais), o que impõe a eles o dever de adotar medidas razoáveis todas as vezes que tomarem conhecimento da postagem de conteúdo ilegal ou inadequado³⁷. Também pode ser entendido que esses provedores possuem deveres preventivos, tais como possuir código de conduta para os seus usuários e políticas sobre dados pessoais, ou ainda medidas concretas como bloquear, através de mecanismos automatizados, conteúdo claramente contrário às suas políticas (pornografia infantil, por exemplo). Em relação ao sharenting, pode-se pensar nas redes sociais que divulgam as postagens feitas pelos pais contendo informações a respeito de seus filhos. O papel das redes sociais é importante na medida em que criam *expectativas de segurança* nos pais que as utilizam. Para exemplificar, Steinberg explica que aplicações como o Facebook oferecem ao usuário a possibilidade de escolher as pessoas que poderão ver cada postagem realizada, o que cria uma falsa sensação de que os dados compartilhados não serão vistos por mais pessoas além daquelas delimitadas pelo usuário; contudo, mesmo as postagens “controladas”, podem ser compartilhadas e vistas por um público muito mais amplo do que o

35 ERDOS, David. Delimiting the Ambit of Responsibility of Intermediary Publishers for Third Party Rights in European Data Protection: Towards a Synthetic Interpretation of the EU acquis. *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 31/2017*, Cambridge, 27 jun. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2993154>>. Acesso em: 21 ago. 2017. p. 21.

36 “Processors are not directly responsible for ensuring adherence to substantive data protection standards, a position which is maintained in Regulation 2016/679” (ERDOS, David. Delimiting the Ambit of Responsibility of Intermediary Publishers for Third Party Rights in European Data Protection: Towards a Synthetic Interpretation of the EU acquis. *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 31/2017*, Cambridge, 27 jun. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2993154>>. Acesso em: 21 ago. 2017. p. 22.

37 “[...] requirements to vindicate rights *ex post* may, following a data subject contacting them about a data protection concern, require ‘controller hosts’ to take reasonable steps to detect the precise processing at issue, undertake a *bona fide* assessment of its legality and sometimes event to adopt continuing measures to prevent the repetition of specific illegalities.” ERDOS, David. Delimiting the Ambit of Responsibility of Intermediary Publishers for Third Party Rights in European Data Protection: Towards a Synthetic Interpretation of the EU acquis. *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 31/2017*, Cambridge, 27 jun. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2993154>>. Acesso em: 21 ago. 2017. p. 25.

inicialmente imaginado³⁸.

Por fim, no caso dos intermediários (*independent intermediaries*), por não efetuarem armazenamento e publicação de informações sob as instruções de terceiros, estes não possuem, num primeiro momento, os argumentos para isenção de responsabilidade que o *processor host* possui. Esses intermediários coletam e tratam informações por conta própria, o que pode aumentar o seu nível de responsabilidade caso as informações tratadas divulguem dados pessoais de terceiros. Um exemplo mencionado por Erdos³⁹ seria a situação de uma ferramenta de busca especializada em obter informações de caráter personalíssimo, como números de documentos, de cartões de crédito, de telefone ou informações de contato como um *e-mail*⁴⁰. Tais provedores devem observar todas regras e deveres de conduta, preventivos e corretivos, inerentes à proteção de dados pessoais⁴¹. Para o sharenting, pode-se imaginar sites especializados em coletar e divulgar informações sobre crianças geradas por terceiros (uma maternidade, por exemplo, que filtre e divulgue dados sobre bebês ali nascidos postados pelos respectivos pais em redes sociais).

A classificação acima ajuda a entender a natureza dos serviços prestados por provedores de aplicações e o nível de responsabilidade que eles deveriam possuir em função desses serviços. No atual contexto brasileiro, no entanto, a experiência decorrente da legislação e jurisprudência aponta para um caminho de pouca responsabilidade dos provedores de aplicação em relação ao conteúdo gerado por terceiros, não importando muito a natureza das atividades que realizam. Com efeito, o MCI estabeleceu a regra segundo a qual os provedores de aplicação somente serão responsabilizados se deixarem de cumprir ordem judicial específica, “no âmbito e nos limites técnicos de seu serviço” (art. 19 da Lei 12.965/2014). No caso específico de o conteúdo gerado por terceiros conter imagens, vídeos ou outros materiais “contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado”, o provedor deve adotar medidas imediatas, independentemente de ordem judicial, mas ainda sim “no âmbito e nos limites técnicos de seu serviço” (art. 21 da Lei 12.965/2014)⁴². Para o sharenting, isso significa que os websites só estariam obrigados a adotar medidas independentemente de ordem judicial em casos extremos como os de pedofilia⁴³.

38 STEINBERG, Stacey B. Sharenting: Children’s privacy in the age of social media. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 66, p. 839-884, 2017. Disponível em: <<http://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1796&context=facultypub>>. Acesso em: 21 ago. 2017. p. 850.

39 ERDOS, David. Delimiting the Ambit of Responsibility of Intermediary Publishers for Third Party Rights in European Data Protection: Towards a Synthetic Interpretation of the EU acquis. *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 31/2017*, Cambridge, 27 jun. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2993154>>. Acesso em: 21 ago. 2017. p. 27.

40 Um exemplo nesse sentido é o site <<https://www.consultasocio.com/>> (acesso em: 30 ago. 2017), que fornece informações detalhadas sobre empresas nas quais pessoas físicas sejam sócias ou administradoras. Outro exemplo seriam alguns sites de avaliação que armazenam informações sobre terceiros sem que eles necessariamente saibam e possam controlar a veracidade dessas informações.

41 “[...] such independent intermediaries should simply fulfil all the controller obligations as set down in European data protection law [...] this would entail a comprehensive *ex ante* and *ex post* responsibility for ensuring that data met all substantive benchmarks including, for example, as regards data accuracy and restrictions around the processing of sensitive personal data.” ERDOS, David. Delimiting the Ambit of Responsibility of Intermediary Publishers for Third Party Rights in European Data Protection: Towards a Synthetic Interpretation of the EU acquis. *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 31/2017*, Cambridge, 27 jun. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2993154>>. Acesso em: 21 ago. 2017. p. 27.

42 A respeito da evolução da jurisprudência do STJ em relação ao tema, tanto antes como depois do MCI, o estudo de Colombo e Facchini Neto demonstra que ela se mantém estável no sentido de garantir uma ampla liberdade de expressão e de preservar a atividade dos provedores de aplicação, os quais, historicamente, mesmo antes do MCI, vinham respondendo subjetivamente perante as pessoas ofendidas por conteúdo gerado por terceiros. COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. Ciberespaço e conteúdo ofensivo gerado por terceiros: a proteção dos direitos de personalidade e a responsabilização civil dos provedores de aplicação, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

43 Tal regra cria uma espécie de escudo legal para os prestadores de serviço no âmbito da internet. Em primeiro lugar, porque subordina as providências a serem tomadas pelos provedores aos *limites técnicos* de seus serviços, o que, muitas vezes, pode permitir argumentos de isenção de responsabilidade por parte dos provedores, que possuem, cada qual, questões técnicas específicas inerentes aos seus serviços. Além disso, ressalvadas as hipóteses de “cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado”, tais provedores somente serão responsabilizados pelo conteúdo gerado por terceiros se deixarem de cumprir uma ordem judicial específica. Essa regra proporciona um ambiente cômodo para o prestador de serviço que tem um critério objetivo (ordem judicial) para lidar com as situações concretas; contudo, do outro lado da moeda, a norma conduz a demandas judiciais que poderiam ser evitadas com o tratamento das situações diretamente pelos provedores.

O AgInt no REsp n. 1.593.873-SP⁴⁴ é um caso emblemático a respeito do entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a (ausência de) responsabilidade de provedores de aplicação pelo conteúdo gerado por terceiros. No caso específico, foi analisada a responsabilidade das ferramentas de busca. Em síntese, a Google levou ao STJ discussão surgida na ação ajuizada por “SMS” para eliminar resultados de busca que envolvessem o nome da autora da ação, já que tais buscas poderiam levar a sites contendo imagens de nudez da mesma. Nesse caso, um dos direitos colocados em julgamento era o “direito ao esquecimento”, que foi entendido como importante para a preservação da privacidade “quando as circunstâncias assim determinarem”. Ao analisar a atividade desenvolvida pelas ferramentas de busca e suas peculiaridades técnicas, o STJ entendeu que os danos decorrentes do resultado das buscas realizadas pelos usuários não poderiam ensejar a responsabilização do provedor desse serviço. Nos termos do acórdão, a ferramenta de busca é parte ilegítima para esse tipo de pedido, sendo que o ofendido deveria buscar medidas tendentes à supressão do conteúdo ofensivo diretamente perante aquele que disponibiliza esse conteúdo na rede e não perante o site de pesquisas. Um dos aspectos bastante acentuados nessa decisão é o fato de o Brasil não possuir uma legislação geral para proteção de dados pessoais.

O caso descrito acima é marcante na jurisprudência brasileira, pois não reconhece que a ferramenta de busca seja uma entidade responsável pelo tratamento de dados, já que estes foram colocados na internet por terceiros. O mesmo tipo de raciocínio, se trazido para a discussão envolvendo o sharenting, permitiria ao provedor de aplicação alegar a impossibilidade técnica de controlar as informações que os pais colocam na internet a respeito de seus filhos, ainda que as informações referentes à infância possam ficar no algoritmo de busca do Google por muitos anos, revelando-se de maneiras embaraçosas durante toda a vida da criança⁴⁵.

O entendimento em relação ao tema no direito comunitário europeu aponta para o caminho da existência de deveres, fundamentados no direito ao esquecimento, por parte dos provedores de aplicação, inclusive ferramentas de busca, em relação ao conteúdo gerado por terceiros. Esse entendimento será detalhado na próxima Seção.

5. O MODELO EUROPEU BASEADO NO DIREITO AO ESQUECIMENTO E AS ALTERNATIVAS PARA O MODELO BRASILEIRO

Comparando-se o modelo brasileiro acima descrito com o europeu, nota-se que há um rigor mais elevado no velho continente em relação à responsabilidade pela inserção de dados de terceiros na rede mundial de computadores.

O maior rigor do modelo europeu é bem ilustrado no caso “Lindqvist”⁴⁶. No referido precedente, a Sra. Lindqvist, além de exercer suas atividades profissionais, era catequista numa Paróquia na Suécia. Certa vez, em 1998, no âmbito de um curso de informática que havia frequentado, resolveu desenvolver uma página de internet, em sua casa, com seu computador, para que os paroquianos pudessem obter informações eventualmente necessárias para prepararem a crisma. Nesse site, a Sra. Lindqvist inseriu informações pessoais a seu respeito e a respeito de mais 18 colegas da Paróquia, incluindo nomes, hobbies, funções ocupadas na

44 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no Recurso Especial n. 1.593.873-SP. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 10 de novembro de 2016. *DJe*. Brasília, 17 nov. 2016.

45 STEINBERG, Stacey B. Sharenting: Children’s privacy in the age of social media. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 66, p. 839-884, 2017. Disponível em: <<http://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1796&context=facultypub>>. Acesso em: 21 ago. 2017. p. 868.

46 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Acórdão n° C-131/12*. Google Spain SL, Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González. Luxemburgo, 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT>>. Acesso em: 09 set. 2017.

atividade paroquial, estado civil e número de telefone. A Sra. Lindqvist não avisou os colegas da existência do site e, além disso, solicitou ao administrador da página de internet da igreja que fizesse um link para o site criado por ela. Assim que soube que alguns dos colegas não estavam satisfeitos com a página, a Sra. Lindqvist a retirou do ar. Por essa razão, a paroquiana foi processada por tratar dados de caráter pessoal sem obter a autorização dos seus titulares e sem avisar a autoridade de controle sueca. O Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que a disponibilização de informações de caráter pessoal da internet, deixando-as acessíveis a todos, mesmo na peculiar situação da Sra. Lindqvist (site particular, sem finalidades econômicas, feito no âmbito de uma atividade benevolente), constitui tratamento de dados⁴⁷. Essa decisão foi um dos marcos para a construção de um conceito amplo sobre o que é *tratamento* de dados pessoais e tem o efeito prático de impor as obrigações da legislação de proteção de dados às mais singelas atividades que tragam qualquer tipo de divulgação de informações de caráter pessoal.

Ainda no âmbito no Direito Europeu, é emblemático o caso conhecido como “Google Spain”⁴⁸. Aqui, o autor da ação, Sr. Mario Costeja González, afirmava que, quando pesquisado o seu nome, a ferramenta de buscas da Google apresentava duas páginas do jornal La Vanguardia do ano de 1998 com informações sobre a venda de imóveis decorrente de um arresto em função de dívidas que este possuía. Aduz que o processo de arresto já havia sido resolvido há vários anos e que não havia pertinência na referência ao mesmo no site de busca, motivo pelo qual requereu que seus dados pessoais deixassem de aparecer nos resultados de pesquisa associados aos fatos acima narrados. A Google, por seu turno, alegou não ter controle sobre o conteúdo postado por terceiros e que o Autor deveria adotar as providências que entendesse pertinentes diretamente junto ao site que publicou as informações. O Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que a atividade realizada pela Google se enquadra no conceito de tratamento de dados pessoais, estando sujeita às obrigações respectivas, dentre as quais se encontram a de assegurar a correção e exatidão dos dados. O Tribunal, também, analisou a necessidade de sopesar os interesses do autor e os da coletividade, especialmente daqueles que, por qualquer motivo, queiram ter acesso à informação. Nesse aspecto, a conclusão alcançada foi no sentido de reconhecer o direito ao esquecimento no caso concreto por não haver razões especiais que justificassem um interesse preponderante da coletividade na informação referente às dívidas já quitadas pelo Sr. Costeja González.

O reconhecimento do direito ao esquecimento pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e da obrigação de o provedor de aplicações adotar medidas para efetivar esse direito é um indicativo importante para a proteção dos interesses das crianças no sharenting. Com efeito, como afirma Steinberg, o reconhecimento do direito ao esquecimento pode ser uma alternativa para encontrar o justo equilíbrio entre a proteção da privacidade da criança e a liberdade de expressão dos pais. De acordo com a autora, quando um pai ou uma mãe compartilham informações sobre o seu filho ou filha *on-line*, eles têm o objetivo de expressar questões ligadas, exclusivamente, ao crescimento dos filhos e ao seu momento de vida como pai ou mãe. Esse objetivo perde o propósito com o crescimento da criança, de modo que a imposição da obrigação de apagar os dados pessoais de crianças ou desindexá-los de sites de busca com o passar do tempo assegura, ao mesmo tempo, o direito dos pais de se manifestarem em relação ao crescimento de seus filhos e os interesses das crianças em relação aos seus dados pessoais⁴⁹.

Embora não esteja positivado de maneira clara, o direito ao esquecimento é reconhecido pela doutrina

47 A Sra. Lindqvist, também, foi acusada de ter transferido dados pessoais para outros países sem autorização dos seus titulares, na medida em que os disponibilizou na rede mundial de computadores, de modo que pudessem ser acessados por residentes em outros países. Sobre esse aspecto, o Tribunal entendeu que a acusação não procedia, pois o site e os dados pessoais estavam hospedados dentro do próprio Estado ou de um Estado Membro.

48 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Acórdão nº C-131/12*. Google Spain SL, Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González. Luxemburgo, 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT>>. Acesso em: 09 set. 2017.

49 STEINBERG, Stacey B. Sharenting: Children’s privacy in the age of social media. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 66, p. 839-884, 2017. Disponível em: <<http://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1796&context=facultypub>>. Acesso em: 21 ago. 2017. p. 876.

brasileira. Chehab o conceitua como “a faculdade que o titular de um dado ou fato pessoal tem para vê-lo apagado, suprimido ou bloqueado, pelo decurso do tempo e por afrontar seus direitos fundamentais”⁵⁰. Lima reconhece o direito ao esquecimento como um direito de personalidade “através do qual o indivíduo pode excluir ou deletar as informações a seu respeito quando tenha passado um período de tempo desde a sua coleta e utilização e desde que não tenham mais utilidade ou não interfiram no direito de liberdade de expressão [...]”⁵¹. Moreira e Medeiros enxergam no direito ao esquecimento um direito fundamental⁵². Acioli e Erhardt Júnior entendem que algumas facetas do direito ao esquecimento estão presentes no MCI (como o direito à exclusão dos dados pessoais - art. 7º - e o direito à remoção de conteúdo gerado por terceiros que divulgue, sem autorização, materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado - art. 21)⁵³. Rocha, Cunha e Oliveira, por seu turno, propõem critérios para aplicação do direito ao esquecimento com base na teoria estadunidense da “posição privilegiada de direitos”⁵⁴.

O Regulamento 2016/679 da União Europeia⁵⁵, no artigo 17, 1, “f” positivou esse direito, inclusive, no âmbito do *sharenting*, ao facultar ao titular dos dados pessoais o direito de apagamento de suas informações quando elas forem coletadas durante a infância. Essa obrigação imposta aos provedores de aplicação tende a assegurar o direito à autodeterminação informativa da criança ao atingir a maturidade, além de preservar sua privacidade e o direito à liberdade de expressão dos pais.

No atual contexto brasileiro, contudo, essa alternativa demandaria uma evolução no atual posicionamento da jurisprudência em relação às obrigações dos provedores pelo conteúdo gerado por terceiros. Considerando-se, no entanto, que o direito ao esquecimento é reconhecido pela doutrina e que o mundo digital possui aspectos específicos que colocam as crianças em situação de hipervulnerabilidade⁵⁶, uma análise diferenciada do tema em relação aos produtos e serviços que tenham algum impacto sobre o público infantil é absolutamente coerente com o ordenamento pátrio.

Nessa linha, vale ressaltar que o direito brasileiro possui normas estabelecendo obrigações de cuidado em relação às crianças (art. 227 da CF e art. 100, V do ECA), obrigações de prestar informações claras e

50 CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Dout-rinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 563-596.

51 LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao Esquecimento e Internet: o fundamento legal no Direito Comunitário europeu, no Direito italiano e no Direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 946, p.77-109, ago. 2014.

52 “o direito ao esquecimento surgiu como um aspecto da privacidade, projetando o direito de ser deixado em paz e recair no esquecimento e no anonimato após certo decurso de tempo atinente a um evento público envolvendo pessoa pública ou não. O dever de memória é inválido se não for justificado em necessidades históricas, assim, o direito ao esquecimento será imposto a todos e em benefício de todos. Esse direito é independente, sendo uma tutela da memória individual e da memória coletiva. Trata-se de um direito fundamental e essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana” MOREIRA, Rodrigo Pereira; MEDEIROS, Jaqueline Souza. Direito ao Esquecimento: Entre a Sociedade da Informação e a Civilização do Espetáculo. *Revista de Direito Privado*, v. 70, p. 71-98, 2016.

53 ACIOLI, Bruno de Lima; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. Uma agenda para o direito ao esquecimento no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

54 Ao analisar o conflito entre a liberdade de expressão e o direito ao esquecimento no âmbito da internet, os autores propõem que a liberdade de expressão pode prevalecer sobre o direito ao esquecimento somente quando forem preenchidos requisitos que denotem uma perspectiva cívica na divulgação das informações (veracidade, zelo na apresentação dos fatos, relevância histórica, científica e social do que se está divulgando, preservação do nome dos envolvidos e respeito à dignidade humana). ROCHA, Maria Vital da; CUNHA, Isaac Rodrigues; OLIVEIRA, Karin de Fátima Rodrigues. Esquecimento, internet e “preferência” da informação: possibilidades de aplicação da doutrina dos *preferred rights* da jurisprudência norte-americana ao caso brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

55 Regulamento (UE) do Parlamento Europeu e do Conselho nº 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=en>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

56 “A hipervulnerabilidade do consumidor criança e adolescente é mais patente com o desenvolvimento das novas tecnologias, como a Internet, telefones celulares de última geração, videogames, aparelhos digitais etc. A velocidade das informações tornou-se muito mais rápida nos últimos vinte anos e hoje nossas crianças e adolescentes têm acesso mais facilitado aos bens de consumo, o que demonstra a necessidade de maior proteção em relação a estes consumidores.” NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A Proteção dos Consumidores Hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 76, p. 13-45, out./dez. 2010.

precisas sobre os serviços contratados e seus riscos, com base na boa-fé (art. 31 do CDC e art. 113 do CC) e obrigações de reparar danos (arts. 6º, VI e 7º, § único do CDC e 927 do CC). Uma análise teleológica desse arcabouço normativo, com base nos argumentos expostos ao longo desse texto, pode, perfeitamente, conduzir a duas espécies de obrigações.

A primeira seria uma obrigação de caráter preventivo, ou seja, de melhorar a qualidade das informações sobre os serviços oferecidos, inclusive e especialmente, os riscos associados ao compartilhamento de dados. Esse cuidado deve ser redobrado quando o provedor detectar a possibilidade de compartilhamento de informações de crianças. As redes sociais, por exemplo, poderiam aumentar o nível de informações transmitidas aos pais, alertando-os sobre os riscos relativos ao sharenting, evitando o surgimento da falsa sensação de segurança já mencionada acima. De um ponto de vista prático, essa tarefa não se mostra tão complicada. Pode-se imaginar, por exemplo, que todos os usuários de uma rede social, ao preencherem o seu cadastro, informem se possuem filhos e se pretendem compartilhar informações a respeito dos mesmos. Caso a resposta do usuário seja afirmativa, informações específicas sobre esses riscos, transmitidas de forma clara e destacada do contrato padrão, lhes seriam transmitidas. O importante é que os mecanismos de informação sejam concebidos de modo a fazer com que os pais, efetivamente, leiam o seu conteúdo⁵⁷.

O segundo tipo de medida que pode ser adotada no atual contexto da legislação brasileira é de caráter corretivo. Como as crianças não possuem qualquer controle sobre os dados que seus pais (ou terceiros) postam a seu respeito, o exercício de direitos inerentes à autodeterminação informativa depende da disponibilização de mecanismos que permitam o apagamento de dados a seu respeito que foram postados por terceiros ao longo da infância⁵⁸. Trata-se da concretização da autodeterminação informativa por meio do direito ao esquecimento. Esse tipo de obrigação pode ser imposto tanto aos provedores nos quais o conteúdo é postado (redes sociais) como às ferramentas de busca. Em relação a essas últimas, apesar de a jurisprudência brasileira, como demonstrado na Seção 4, entender que não cabe às ferramentas de busca a exclusão de resultados de pesquisa com conteúdo gerado por terceiros, a hipervulnerabilidade das crianças justifica, ao menos nessa hipótese concreta, uma maior reflexão a respeito do tema.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sharenting é um fenômeno contemporâneo e, quando realizado dentro de certos limites, constitui uma maneira legítima do exercício da liberdade de expressão por parte dos pais, que não podem, simplesmente, ser impedidos de compartilhar informações a respeito de seus filhos.

Contudo, considerando-se os riscos decorrentes da exposição exagerada de informações sobre as crianças na internet, assim como os interesses também legítimos das crianças em relação à privacidade (os quais podem vir à tona apenas quando a criança atinge certo grau de maturidade), é necessário que sejam adotadas medidas que controlem esse comportamento.

Como a proteção de dados pessoais, a privacidade, o direito ao esquecimento e a garantia à liberdade de expressão constituem direitos fundamentais, nenhuma medida pode ser adotada de modo a suprimi-los por

57 “Policy makers and the industry face the challenge of not just including as much information as possible, but of increasing the chance that parents might read and use the privacy statement in a way that is beneficial to their children.” STANALAND, Andrea J. S.; LWIN, May O.; LEONG, Susanna. Providing Parents with Online Privacy Information: Approaches in the US and the UK. *The Journal Of Consumer Affairs*, v. 43, p. 474-494, 2009. p. 490.

58 Tecnicamente o direito ao esquecimento pode ser viabilizado. Uma das inúmeras possibilidades técnicas é explicada por Lima: “as ferramentas tecnológicas, como exemplo, um metadado que adiciona uma informação ao dado para que seja acessível apenas por um prazo de validade, como o aplicativo Snapchat, podem viabilizar o esquecimento, o que pode ser utilizado e difundido na sociedade como um todo” LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao Esquecimento e Internet: o fundamento legal no Direito Comunitário europeu, no Direito italiano e no Direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 946, p.77-109, ago. 2014.

inteiro. As possíveis soluções devem buscar, na maior medida possível, a realização de todos os interesses envolvidos.

Dentre as possibilidades analisadas ao longo do texto, pode-se dizer que seriam importantes políticas públicas para educação em relação ao uso das ferramentas digitais. Essas políticas podem ser executadas pelo próprio Estado (propaganda e divulgação de material educativo para adultos e crianças) e, também, pelas empresas que exploram as atividades econômicas ligadas ao sharenting (como as redes sociais e as ferramentas de busca).

Especificamente em relação às aplicações de internet, considerando-se que elas criam o ambiente para que o sharenting ocorra e que, também, criam expectativas de segurança em relação aos dados pessoais, é necessário que, de algum modo, a sua conduta ajude a prevenir e corrigir a eventual superexposição de informações de crianças, ainda que realizada por seus pais ou responsáveis legais.

A construção do caminho no Brasil para proteção dos interesses das crianças com a preservação dos demais interesses envolvidos pode decorrer tanto de uma evolução legislativa (implementação de um marco legal específico para proteção de dados) quanto da evolução no entendimento jurisprudencial, de modo que sejam efetivadas medidas concretas pelos provedores, especialmente no que tange às obrigações de informação e à implementação de mecanismos técnicos para viabilizar o direito ao esquecimento.

REFERÊNCIAS

ACIOLI, Bruno de Lima; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. Uma agenda para o direito ao esquecimento no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALLEN, Anita L. Protecting one's own privacy in a big data economy. *Harvard Law Review*, v. 130, p. 71-78, dez. 2016.

BARTOLI, Emmanuelle. Children's data protection vs marketing companies. *International Review Of Law, Computers & Technology*, v. 23, n. 1-2, p. 35-45, jul. 2009. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/13600860902742612>.

BESSANT, Claire. Data protection, safeguarding and the protection of children's privacy: exploring local authority guidance on parental photography at school events. *Information & Communications Technology Law*, v. 23, n. 3, p. 256-272, 2 set. 2014. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/13600834.2014.973178>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no Recurso Especial n. 1.593.873-SP. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 10 de novembro de 2016. *DJe*. Brasília, 17 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 74.473-RJ. Recorrentes: Edenir dos Santos Mario e Outros. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF, 25 de fevereiro de 1999. *DJ*. Brasília, 21 jun. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 2144-3. Paciente: Siegfried Ellwanger. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. *DJ*. Brasília, 19 mar. 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Doctrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 563-596.

COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. Ciberespaço e conteúdo ofensivo gerado por terceiros: a proteção dos direitos de personalidade e a responsabilização civil dos provedores de aplicação, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

ERDOS, David. Delimiting the Ambit of Responsibility of Intermediary Publishers for Third Party Rights in European Data Protection: Towards a Synthetic Interpretation of the EU acquis. *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 31/2017*, Cambridge, 27 jun. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2993154>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao Esquecimento e Internet: o fundamento legal no Direito Comunitário europeu, no Direito italiano e no Direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 946, p.77-109, ago. 2014.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, Rodrigo Pereira; MEDEIROS, Jaqueline Souza. Direito ao Esquecimento: Entre a Sociedade da Informação e a Civilização do Espetáculo. *Revista de Direito Privado*, v. 70, p. 71-98, 2016.

NAIR, Abhilash. Mobile phones and the internet: Legal issues in the protection of children. *International Review Of Law, Computers & Technology*, v. 20, n. 1-2, p. 177-185, mar. 2006. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/13600860600579779>.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A Proteção dos Consumidores Hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 76, p. 13-45, out./dez. 2010.

OSWALD, Marion; JAMES, Helen; NOTTINGHAM, Emma. The not-so-secret life of five-year-olds: legal and ethical issues relating to disclosure of information and the depiction of children on broadcast and social media. *Journal Of Media Law*, v. 8, n. 2, p. 198-228, 13 out. 2016. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/17577632.2016.1239942>.

ROCHA, Maria Vital da; CUNHA, Isaac Rodrigues; OLIVEIRA, Karim de Fátima Rodrigues. Esquecimento, internet e “preferência” da informação: possibilidades de aplicação da doutrina dos preferred rights da jurisprudência norte-americana ao caso brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SIMPSON, Brian. Tracking children, constructing fear: GPS and the manufacture of family safety. *Information & Communications Technology Law*, v. 23, n. 3, p. 273-285, 2 set. 2014. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/13600834.2014.970377>.

STANALAND, Andrea J. S.; LWIN, May O.; LEONG, Susanna. Providing Parents with Online Privacy Information: Approaches in the US and the UK. *The Journal Of Consumer Affairs*, v. 43, p. 474-494, 2009.

STEINBERG, Stacey B. Sharenting: Children’s privacy in the age of social media. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 66, p. 839-884, 2017. Disponível em: <<http://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1796&context=facultypub>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Acórdão nº C-131/12*. Google Spain SL, Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González. Luxemburgo, 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT>>. Acesso em: 09 set. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Acórdão nº C-101/01*. Bodil Lindqvist. Luxemburgo, 2003. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd28296b2724ac4b0895cf91c3f2a490df.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSaxb0?docid=48382&pageIndex=0&doclang=PT&dir=&occ=first&part=1&cid=161864>>. Acesso em: 14 set. 2017.

VIANA, Janile Lima; MAIA, Cinthia MANESES; ALBUQUERQUE, Paulo Germano Barrozo de. O cyberbullying e os limites da liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

VIANA, Rafael Souza; SANTANA, Héctor Valverde. O compartilhamento de dados e informações pessoais de consumidores: o abuso dos fornecedores e as propostas apresentadas no PLS 181/2014. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 1, p. 238-253, 8 maio 2017. <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v7i1.4579>.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

The dichotomy between smart metering and the protection of consumer's personal data in Brazilian Law

A dicotomia entre medidores inteligentes e a proteção dos dados pessoais dos consumidores no Direito brasileiro

Lucas Noura Guimarães

The dichotomy between smart metering and the protection of consumer's personal data in Brazilian Law*

A dicotomia entre medidores inteligentes e a proteção dos dados pessoais dos consumidores no Direito brasileiro

Lucas Noura Guimarães**

ABSTRACT

This paper investigates the intersection between the goal of energy efficiency, by means of smart meters, and the protection of power consumers' personal data. Since energy data are collected and processed by distribution utilities, there is an urgent need to verify in what measure the right to privacy is (still) fulfilled in that matter. By analyzing and evaluating ANEEL's Normative Resolution n° 502/2012 on electronic meters, the Draft Bill n° 3337/2012 and Senate Bill n° 84/2012 on smart grids, and the Draft Bills n° 4060/2012 and n° 5276/2016 on personal data protection, this paper expects to lay some introductory thoughts on a still undeveloped matter, that tends to grow in importance, as the smart meter technology spreads. The paper observes that the Brazilian legal framework still lacks a detailed regulation regarding the protection of personal data. On the other hand, ANEEL's Normative Resolution is too general and leaves to interpretation important questions related to the legal treatment of energy data. Analyzing recent legal developments, the paper further concludes that, while two Draft Bills are regarded as insufficient to address the matter highlighted in this paper, one Draft Bill on personal data's protection might fill the regulatory gap. Special attention should be drawn towards the assumption of energy data as personal data and towards the relation between the efficiency of smart metering systems and the right to privacy, since the smartness of the meters depends on the amount of data collected and processed.

Keywords: Smart metering. Demand response. Data protection. Right to privacy.

RESUMO

Este artigo investiga a interseção entre o objetivo da eficiência energética, obtido via medidores inteligentes de energia, e a proteção dos dados pessoais dos consumidores de eletricidade. Uma vez que os dados referentes ao consumo de energia são coletados e processados pelas distribuidoras de energia, há urgente necessidade em se verificar se o direito à privacidade (ainda) encontra-se respeitado. Ao analisar e avaliar a Resolução Normativa

* Recebido em 30/10/2017
Aprovado em 03/12/2017

** Doutor em Direito pela Universidade Livre de Berlim. Advogado associado do Madrona Advogados. Conselheiro do Instituto Brasileiro de Direito da Energia - IBDE. Email: lucasnoura@hotmail.com

ANEEL n° 502/2012 sobre medidores eletrônicos, o Projeto de Lei n° 3337/2012 e o Projeto de Lei do Senado n° 84/2012 sobre medidores inteligentes, e os Projetos de Lei n° 4060/2012 e n° 5276/2016 sobre proteção de dados pessoais, o artigo almeja apresentar questões introdutórias a respeito de um tema ainda pouco desenvolvido, o qual tende a ganhar em importância, à medida em que a tecnologia se espalhe. O artigo observa que o arcabouço jurídico brasileiro ainda carece de uma regulação detalhada relacionada à proteção de dados pessoais. Por outro lado, a Resolução Normativa da ANEEL é genérica e deixa à interpretação questões importantes relacionadas ao tratamento dos dados relacionados à energia. Ao analisar desenvolvimentos legislativos mais recentes, o artigo ainda conclui que, enquanto dois projetos de lei são ainda insuficientes para endereçar o problema sublinhado neste artigo, um projeto de lei sobre proteção de dados pessoais pode preencher adequadamente a lacuna regulatória. Atenção especial deve ser dada à consideração de “dados de energia” como “dados pessoais” e à relação entre a eficiência de medidores inteligentes e o direito à privacidade, uma vez que a inteligência dos medidores depende da quantidade de dados coletados e tratados.

Palavras-chave: Medidores inteligentes. Resposta da demanda. Proteção de dados. Direito à privacidade.

1. INTRODUCTION

The promotion of renewable energy sources seen worldwide has forced the energy systems to evolve in order to accommodate increasing amounts of intermittent energy sources, mainly solar and wind. Considering that the sun light and winds are not available every time, an energy matrix highly dependent on these sources brings the risk of jeopardizing energy security, that is, the delivery of affordable, continuous and reliable electricity to consumers¹.

In order to ensure energy security under a scenario with increasing penetration of renewable energies, it is of utmost importance, through measures targeted to manage the demand side, to make the demand for electricity as flexible as the power generation. The demand should adapt and respond to the supply intermittency, smoothing the load curve and avoiding extreme price peaks.

Therefore, the implementation of smart grids enables, at the same time, the integration of renewable energies in the network, the preservation of the overall reliability of the system and the postponement of investments in new infrastructure, bringing environmental and energy-efficiency-related benefits to society.

Considering that, smart metering, which is a component of smart grids, is very helpful to raise the consumer's awareness for the fluctuation of the power production and the volatility of the power price by means of offering load- and time-dependent tariffs and providing continuous information².

1 The discussion about the concept of energy security is broad and extrapolates the scope of this paper. Regarding this matter, cf., among others, WINZER, Christian. Conceptualizing energy security. *EPRG Working Paper*, University of Cambridge, n. 1123, 2011; MÜLLER, Friedemann. Strategische Bedingungen für die Nutzung der Weltenergieerreserven: Energiesicherheit und internationale Sicherheitspolitik. In: LEIBL, Stefan; LIPPERT, Michael; WALTER, Christian. *Die Sicherung der Energieversorgung auf globalisierten Märkten*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007; GLACHANT, Jean-Michel; AHNER, Nicole. Is energy security the objective of EU energy policy? In: VINOIS, Jean-Arnold (Org.). *EU Energy Law: The security of energy supply in the European Union*. Holand: Claeys & Casteels, 2012. v. 6; DYER, Hugo; TROMBETTA, Maria Julia. The concept of energy security: broadening, deepening, transforming. In: DYER, Hugo; TROMBETTA, Maria Julia (Org.). *International Handbook of Energy Security*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013; CAMERON, Peter. *Competition in energy markets: law and regulation in the European Union*. 2. ed. England: Oxford, 2007; LÖSCHEL, Andreas; MOSLENER, Ulf; RÜBBELKE, Dirk. Indicators of energy security in industrialised countries. *Energy Policy*, v. 38, 2010.

2 ROSTANKOWSKI, Anke. Die Ausgleichsmechanismus-Verordnung und der Ausbau erneuerbarer Energien. *Zeitschrift für Neues Energierecht – ZNER*, v. 2, p. 131, 2010; VOGELANG, Michael; VOLLMERT, Singy. Der Ausbau erneuerbarer Energien – Netzstruktur, Systemintegration und Marktdesign. *Zeitschrift für KMU und Entrepreneurship – ZjKE*, v. 3, p. 190, 2012; BENZ, Steffen. Energieeffizienz durch intelligente Stromzähler – Rechtliche Rahmenbedingungen. *Zeitschrift für Umweltrecht – ZUR*, v. 10, p. 458, 2008.

On the other side, however, smart metering makes not only the remote control of the power consumption (remote de-energization and re-energization) possible but allows the detailed mensuration of the power consumption and the timely behavior of the individual power demand³. Considering that, they are capable of gathering a large amount of information from the consumers and from their most privacy-sensitive place: home⁴. This feature poses questions related to legal protection of personal data, especially in terms of confidentiality, privacy, correct use of the gathered data, protection of the transmitted data against possible cyber-attacks, sabotage, among others⁵.

Considering the fact that access to personal data regarding electricity consumption is becoming an essential tool to promote energy efficiency and, consequently, energy security, there is a growing necessity to modulate the concept of privacy and its notion as a fundamental right⁶. An absolute right to privacy⁷ would undermine the goal of energy efficiency, to the detriment of collective interests. It is of utmost importance, then, to investigate how, when, by whom and under which conditions the fundamental right to privacy can be limited.

In order to seek answers for this conflictive dichotomy and by pointing regulatory gaps in that matter, this paper aims to analyze the recent developments in the Brazilian legal framework. Especially for Brazil, the research is relevant due to the fact that from 2018 on, the installation of smart meters will be mandatory for consumers that adopt the white tariff regime⁸. Entering into such tariff regime without a regulation on data protection and counting only with a vague Normative Resolution from ANEEL brings a risk to a violation of the right to privacy, since several collected personal data can be misused or intercepted.

3 PIELOW, Johann-Christian. Wie effizient ist das Regelwerk zur Energieeffizienz? In: CREMER, Wolfgang; PIELOW, Johann-Christian (Org.). *Probleme und Perspektiven im Energieumweltrecht*. Stuttgart: Boorberg, 2009. p. 193; BENZ, Steffen. Energieeffizienz durch intelligente Stromzähler – Rechtliche Rahmenbedingungen. *Zeitschrift für Umweltrecht – ZUR*, v. 10, p. 458, 2008.

4 Through the real-time electricity mensuration, it is possible to know the daily consumption and to identify specific demand profiles, as reported in the media, cf. VALOR ECÔNOMICO. *Setor de energia inova no relacionamento com consumidores*. 26 jul. 2017. Available at: <<http://www.valor.com.br/empresas/5053724/setor-de-energia-inova-no-relacionamento-com-consumidores>> VALOR ECÔNOMICO. *Redes inteligentes começam a avançar pelo Brasil*. 28 ago. 2017. Available at: <http://www.valor.com.br/empresas/5096398/redes-inteligentes-comecam-avancar-pelo-brasil>>.

5 As recently reported in the media, available at: <https://www.symantec.com/connect/blogs/dragonfly-western-energy-sector-targeted-sophisticated-attack-group>. Accessed in: 26 Sept. 2017; REBOUÇAS, Roberto. *Empresas de energia ignoram riscos de ameaças virtuais*. 2017. Available at: <<http://brasilenergia.editorbrasilenergia.com/daily/bec-online/eletrica/2017/09/artigo-empresas-de-energia-ignoram-riscos-de-ameacas-virtuais-476022.html>>. Accessed in: 26 Sept. 2017.

6 Protection of privacy can be found in the international level by Article 12 of the Universal Declaration of Human Rights (1948) and Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights (1966). Besides that, virtually all western democracies protect not only the right to privacy but also the personal data. As an example, the Charter of the Fundamental Rights of the European Union guarantees, on one hand, the right to respect for his or her private life, home and communications (Article 7 CFR), and on the other, the right to the protection of personal data, which should be processed fairly, for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned. The right of access to data and the right to have it rectified are also guaranteed (Article 8 CFR). cf. BAUMGART, Max. A (legal) challenge to privacy: on the implementation of smart meters in the EU and the US. In: LEAL-ARCAS, Rafael; WOUTERS, Jan (Org.). *Research handbook on EU Energy Law and Policy*. England: Edward Elgar, 2017. p. 353.

7 BONNICI, Jeanne. Exploring the non-absolute nature of the right to data protection. *International Review of Law, Computers & Technology*, v. 28, p. 137, 2014; FUSTER, Gloria González; GELLERT, Raphaël. The fundamental right of data protection in the European Union: in search of an uncharted right. *International Review of Law, Computers & Technology*, v. 26, p. 74, 2012. Cf., more broadly, MCKENNA, Eoghan; RICHARDSON, Ian; THOMSON, Murray. Smart meter data: balancing consumer privacy concerns with legitimate applications. *Energy Policy*, v. 41, p. 807, 2012.

8 The “white tariff” is regulated by ANEEL’s Normative Resolution n° 733/2016. It is a tariff system where the energy price varies throughout the day (peak, intermediary and off-peak hours), allowing the consumer to know when the energy price is cheaper and when it is more expensive. As a result and with the help of smart meters, consumers can, by means of changing their consumption habits, lower their energy bills and distribution utilities can postpone new investments in infrastructure. It is worth noting that the Brazilian government intends to open the possibility for distribution utilities to offer different energy prices on an hourly basis, according to the Technical Note n° 5/2017/AEREG/SE from the Ministry of Mines and Energy. p. 23. Available at: <http://www.mme.gov.br/web/guest/consultas-publicas?p_p_id=consultapublicaexterna_WAR_consultapublicaportlet&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&consultapublicaexterna_WAR_consultapublicaportlet_consultaId=33&consultapublicaexterna_WAR_consultapublicaportlet_mvcPath=%2Fhtml%2Fpublico%2FdadosConsultaPublica.jsp>. Accessed on: 26 Sept. 2017.

The paper is divided into three parts. By means of conceptualizing smart metering and introducing the main principles that guide data protection, the first part elucidates the conflict that arises between smart metering and data protection, when the (fundamental) right to privacy gets in the way of the quest for more energy efficiency. The second part of the paper critically analyzes the legal developments made so far in the regulation of smart grids and smart meters, on one side, and the regulation of personal data protection, on the other. The Brazilian Agency for Electric Energy – ANEEL enacted Normative Resolution n° 502/2012 on electronic meters⁹, which is the only piece of legislation that (vaguely) addresses the legal aspects surrounding the implementation of smart meters. Within the scope of the second part are also the Draft Bills still under discussion that provide for the establishment of a smart meter roll-out and the protection of personal data. Lastly, concluding remarks are drawn.

While analyzing in what depth the Brazilian legal texts¹⁰ regulate smart metering and data protection, and while evaluating if they are successful in solving the dichotomy between the goal of energy efficiency and the protection of a fundamental right, this paper lays some thoughts and draws some conclusions on a still undeveloped matter, that on the other hand tends to grow in importance, as the smart meter technology spreads.

2. THE CONFLICT BETWEEN SMART METERING AND DATA PROTECTION

The measuring systems and devices can be used for various measuring functions, such as for reasons of the public interest, for health protection, public security and order, environmental protection, consumer protection, as well as for the levy of taxes and dues and for fair trade¹¹.

Regarding the measuring instruments of the power sector, they must guarantee a high level of protection, so all the persons concerned can trust in the measurements' results, on one side, and to guarantee that the data will only be used and stored for the purpose it was designed for, on the other side.

The so-called “measuring security” encompasses the metrology and the security of the measured data¹², being the latter the object of this paper.

2.1. Smart metering: concept and applications

There is a myriad of different concepts for smart grids and smart metering¹³. It is not the goal of this paper to bring all definitions and concepts together, nor to suggest the best one. Nevertheless, some of them are brought in this section in order to help elucidate how such a system conflicts with the legal principle of the protection of the consumer's data.

Smart grids are associated with the integration of innovative technologies, products and services, such as sensors, actuators, microprocessors, meters, telecom instruments and other intelligent devices that allow for a better management and monitoring of the whole electricity network, from the power plant to the final energy use in households¹⁴.

9 The expressions “electronic”, “intelligent” and “smart” meters are used indistinctly throughout this paper.

10 In order to benefit from other jurisdiction, this paper brings, in some footnotes, the extensive work already undertaken at the European level to create a comprehensive regulatory environment regarding data protection.

11 Recital 2 of the Directive 2004/22/EC.

12 Cf., MOREIRA, Josilene Aires; SCETTINO, Stevon; SILVA, Ricardo Moreira da. Aspectos de segurança em smart grid. In: *Encontro Nacional de Engenharia de Produção*, 33., Salvador-BA, Brasil, 2013. p. 9.

13 HEINLEIN, Björn. Rechtsrahmen von Smart Grids und Smart Markets. In: AICHELE, Christian; DOLESKI, Oliver D. (Org.). *Smart Market: vom Smart Grid zum intelligenten Energiemarkt*. Wiesbaden: Springer Vieweg, 2014. p. 57; ANGENENDT, Nicole; BOESCHE, Katharina Vera; FRANZ, Oliver Helge. Der energierechtliche Rahmen einer Implementierung von Smart Grids. *Recht der Energiewirtschaft – RdE*, p. 117, 2011.

14 OLEDO, Fábio de Oliveira. Redes elétricas inteligentes e a ruptura de paradigmas tecnológicos do setor elétrico. In: ROCHA,

According to art. 2 of the Regulation 347/2013/EU on guidelines for trans-European energy infrastructure, for example, smart grid means “an electricity network that can integrate in a cost efficient manner the behavior and actions of all users connected to it, including generators, consumers and those that both generate and consume, in order to ensure an economically efficient and sustainable power system with low losses and high levels of quality, security of supply and safety”¹⁵. They can also be described as an upgraded electricity network to which two-way digital communication streams between supplier and consumer, intelligent metering, smart appliances, electric vehicles, and monitoring systems have been added¹⁶.

Broadly speaking, smart grids are designed to better facilitate the connection and operation of generators of all sizes and technologies, allow consumers to play a part in optimizing the operation of the system; provide consumers with more information and options for choice of supply; significantly reduce the environmental impact of the whole electricity supply system; maintain or even improve the existing high levels of system reliability, quality and security of supply; and maintain and improve the existing services efficiently¹⁷.

Regarding smart meters, they could be conceptualized as “an electronic system that can measure energy consumption, providing more information than a conventional meter, and can transmit and receive data for information, monitoring and control purposes, using a form of electronic communication”¹⁸. They are one of the main components of the smart grids and besides being the main interface between distribution utilities and the consumers, they also have other functionalities, such as better informing the consumers about their energy consumption, reduce the energy theft, act as a sensor to identify anomalies in the power supply and protect home devices from eventual damages caused by voltage fluctuation in the power grid¹⁹.

They are digital versions of traditional mechanical meters that include a two-way communication capacity. They can transmit information directly from the metered property to the utility company in near-real time and with much higher granularity of data²⁰.

As it can be seen, smart meters are more defined by what they do instead of by what they are. They allow for an efficient integration of the behavior and actions of all users of the grid by achieving a reduction of the total energy consumption, as well as by a specific relocation of the energy demand²¹. As a result, it contributes to energy conservation and energy security. All these benefits come with a drawback: the collision with the right to privacy.

Fábio Amorim da (Org.). *Temas relevantes no direito de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2013. t. 2. p. 312. BOCCUZZI, Cyro Vicente. Smart grid e o big brother energético. *Metering International*, v. 1, p. 10, 2010.

15 Regulation (EU) 347/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2013 on guidelines for trans-European energy infrastructure and repealing Decision 1364/2006/EC and amending Regulations (EC) 713/2009, (EC) 714/2009 and (EC) 715/2009. OJ L 115 of 25.04.2013, p. 39.

16 EUROPEAN COMMISSION. *Cyber Security of the Smart Grids*. Paper produced by the Expert Group on the Security and Resilience of Communication Networks and Information Systems for Smart Grids. Summary Report, p. 5, 2013.

17 EUROPEAN COMMISSION. *Cyber Security of the Smart Grids*. Paper produced by the Expert Group on the Security and Resilience of Communication Networks and Information Systems for Smart Grids. Summary Report, p. 5, 2013; PEREIRA, Breno Pompeu Carvalho. *Análise de eficiência energética em rede inteligente de energia elétrica*. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) - Universidade Federal de Santa Maria, Rio Grande do Sul, 2015. p. 14; FRACARI, Fabiano; SANTOS, Iverton dos; SANCHEZ, Gustavo. Smart Grid: uma nova forma de controle de Energia Elétrica. *Rev. de Empreendedorismo, Inovação e Tecnologia*, v. 2, p. 16, 2015.

18 Commission Proposal or a Directive of the European Parliament and of the Council on common rules for the internal market in electricity (recast). COM (2016) 864 final/2.

19 TOLEDO, Fábio de Oliveira. Redes elétricas inteligentes e a ruptura de paradigmas tecnológicos do setor elétrico. In: ROCHA, Fábio Amorim da (Org.). *Temas relevantes no direito de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2013. t. 2. p. 312; RIVERA, Ricardo; ESPOSITO, Alexandre Siciliano; TEIXEIRA, Ingrid. Redes elétricas inteligentes (smart grid): oportunidade para adensamento produtivo e tecnológico local. *Revista do BNDES*, v. 40, p. 47, 2013.

20 PAPAKONSTANTINO, Vagelis; KLOZA, Dariusz. Legal protection of personal data in smart grid and smart metering systems from the European perspective. In: GOEL, S. et al. *Smart grid security*. London: Springer-Verlag, 2015. p. 41.

21 BENZ, Steffen. Energieeffizienz durch intelligente Stromzähler – Rechtliche Rahmenbedingungen. *Zeitschrift für Umweltrecht – ZUR*, v. 10, p. 458, 2008; STASCHUS, Konstantin. The active role of TSOs and their association ENTSO-E to ensure, today and tomorrow, the security of electricity supply of 532 million citizens. In: VINOIS, Jean-Arnold (Org.). *EU Energy Law: The security of energy supply in the European Union*. Holland: Claeys & Casteels, 2012. v. 6. p. 164.

2.2. Data protection

Although the smart metering allows for a greater, more accurate and detailed knowledge regarding the conditions of the power demand, as well as the operational status of the power network, it is also true that this new communication platform increases substantially the chances of possible flaws, attacks and errors, demanding, thus, the implementation of more advanced security systems²².

Considering the many possible focuses where security concerns can be targeted to – distribution utilities, network systems, logistics of the smart meters' installation or invoicing –, one is especially keen to Law: consumers and their bill management, including the availability of payment data and privacy of the personal identification data²³.

Not only in terms of cyber engineering are standardizations and regulations²⁴ necessary for smart metering, but also in regard to Law, since this technique allows distribution utilities to monitor highly detailed information about the energy use by the consumers. Considering that, concerns are raised around the custody of these information and consumer privacy, fact of which demand a legal response.

Data protection can be analyzed according to three approaches or principles: confidentiality, availability and integrity. The principle of confidentiality addresses the (legal) forms to maintain private the information gathered, avoiding the transformation of the smart metering systems into an instrument invasive to consumers' privacy.

With smart meters will be possible to identify if a house is empty or not, at a given moment, or, considering a power consumption level lower as usual, if the inhabitant is on vacation or sick; considering a power consumption level higher as usual, it will be possible to infer if the house has guests or how many people indeed live in the house, for social security reasons; at what time inhabitants of the house wake up, or use their showers, or when they go to sleep²⁵; besides that, it will be possible to assess the functioning of the electric devices of a house, enabling the identification of efficiency losses and the consequent suggestion to change them to more efficient and modern ones. Information regarding consumption habits is already of great interest for some companies, especially in the media market. The diffusion of the profile and consumption habits of the electricity consumers evokes questions concerning people's security, their privacy and consent. Rules are then necessary to protect consumers against the inappropriate use and diffusion of their behavior data²⁶.

Legal protection of the energy consumers' data is necessary not only because of the confidentiality principle, but also in terms of the availability of the data, i.e, which data is available to which professionals. As stated before, smart meters allow for the transmission of sensible consumer information, as well as the remote control of some electric devices. To make that possible, data need to flow from the houses to the distribution utilities (and vice-versa), which makes it subject to interception, misuse, leakage or hacking²⁷. Hence, legal rules should establish minimum safety requirements for telecom and information technology systems.

22 BOCCUZZI, Cyro Vicente. Smart grid e o big brother energético. *Metering International*, v. 1, p. 10, 2010.

23 BOCCUZZI, Cyro Vicente. Smart grid e o big brother energético. *Metering International*, v. 1, p. 10, 2010.

24 For an analysis of different regulatory models for data protection, cf. GUIDI, Guilherme Berti de Campos. *Modelos regulatórios para proteção de dados pessoais*. 2017. Available at: <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/03/Guilherme-Guidi-V-revisado.pdf>>. Accessed in: 30 Oct. 2017.

25 GUCKELBERGER, Annette. Smart Grids/Smart Meter zwischen umweltverträglicher Energieversorgung und Datenschutz. *Die Öffentliche Verwaltung – DÖV*, v. 16, p. 618, 2012; HORNUNG, Gerrit; FUCHS, Katharina. Nutzerdaten im Smart Grid: zur Notwendigkeit einer differenzierten grundrechtlichen Bewertung. *Datenschutz und Datensicherheit – DuD*, v. 36, p. 22, 2012.

26 BOCCUZZI, Cyro Vicente. Smart grid e o big brother energético. *Metering International*, v. 1, p. 11, 2010. For an analysis on the importance and relevance of metadata, cf. MENEZES NETO, Elias Jacob; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BEZERRA, Tiago José de Souza Lima. O projeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5276/2016) no mundo do big data: o fenômeno da *dataveillance* em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos, in: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

27 BOCCUZZI, Cyro Vicente. Smart grid e o big brother energético. *Metering International*, v. 1, p. 11, 2010.

A third principle that should be addressed within the scope of regulatory measures targeted to safeguarding the power consumers' data relates to integrity. While availability concerns with who have access to the data, integrity concerns with which data is transmitted. It should be guaranteed that exactly what is measured is also received by the distribution utility, without any alterations, manipulations or suppressions of the transmitted data²⁸. Although still recent for the case of smart meters, there is already a broad concern regarding sabotage and terrorism threats towards critical infrastructures²⁹, such as those involved in the power transmission.

The regulation of smart meters, especially in the field of consumers' privacy and of information security, should, therefore, provide adequate answers about the definition of minimum requirements and necessary precautions in the telecommunication systems and regarding IT, so that the development of this technology does not collide with the guarantee of the rights related to data protection.

3. LEGAL DEVELOPMENTS IN BRAZIL

After migrating from an almost-exclusive-hydro to a hydro-thermal energy matrix, and after watching the fast development – and success – of the wind industry in the country, the Brazilian energy landscape is changing into a more flexible one, where demand matters. Profiting from the benefits of smart metering, especially the improvement of the power supply quality, minimization of energy losses and lowering of the operational costs³⁰, some distribution utilities have already started changing the meters, Light Company being an example, with more than 1 million smart meters installed in the city of Rio de Janeiro. Those meters are connected to Light's Control and Measurement Center and they are able to measure consumption and power generation from prosumers³¹.

Nevertheless, the Brazilian smart meter roll-out has not yet received the necessary “legal push” to flourish widely and bring the benefits it promises. Two normative texts from the Brazilian Energy Agency – ANEEL addressed directly and indirectly the issue concerning smart metering (II.1) and some draft bills seek to regulate more broadly the smart grids (II.2).

28 BOCCUZZI, Cyro Vicente. Smart grid e o big brother energético. *Metering International*, v. 1, p. 11, 2010.

29 Cf. Communication of the Commission “Critical Infrastructure Protection in the fight against terrorism” of 20.10.2004, which includes the energy infrastructure and networks in the category „critical infrastructure“. COM (2004) 702 final. Cf. Also the Council Directive 2008/114/EC of 8.12.2008 „on the identification and designation of European critical infrastructures and the assessment of the need to improve their protection“, which in Annex I classifies the infrastructures and installations destined to power production and transmission as “European critical infrastructure”. OJ L 345 of 23.12.2008, p. 75. Detailed about the protection of critical energy infrastructure, cf. PÉREZ, José Hoyos. The protection of critical energy infrastructures. In: VINOIS, Jean-Arnold (Org.). *EU Energy Law: The security of energy supply in the European Union*. Holland: Claeys & Casteels, 2012. v. 6. p. 75; ROGGENKAMP, Martha. Protecting infrastructure in order to guarantee supply security: critical infrastructure in the EU. In: ROGGENKAMP, Martha et al. (Org.). *Energy networks and the Law*. England: Oxford, 2012. p. 119. ZENIEWSKI, Peter; MARTÍNEZ-ANIDO, Carlo Brancucci; PEARSON, Ivan L. G. Framing new threats: the internal energy security of gas and electricity networks in the European Union. In: DYER, Hugo; TROMBETTA, María Julia. *International Handbook of Energy Security*. UK: Cheltenham, 2013. p. 55-65; CLINGENDAEL INTERNATIONAL ENERGY PROGRAMME. Security of supply in the run-up to the post-2020 period, *CIEP*, n. 4, p. 31-34, 2014.

30 Available at: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/aren2012502_1.pdf>. Accessed on: 25 Sept. 2017; ROCHA, Maria Luiza do Valle; SILVA, Priscilla Maciel de Menezes. Medidores “inteligentes” de energia elétrica e a necessidade da *Good Governance* para salvaguardar o direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: ROCHA, Fábio Amorim da (Org.). *Temas relevantes no direito de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2013. t. 2. p. 693; LANIM, Hugo. *Medição eletrônica em baixa tensão: aspectos regulatórios e recomendações para implantação*. 2009. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2009. p. 96. Available at: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4040/1/2009_HugoLamin.pdf>. Accessed on: 29 Sept. 2017.

31 VALOR ECONÔMICO. *Setor de energia inova no relacionamento com consumidores*. 26 jul. 2017. Available at: <<http://www.valor.com.br/empresas/5053724/setor-de-energia-inova-no-relacionamento-com-consumidores>>. Concerning the R&D national initiatives, cf. CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS. *Redes elétricas inteligentes: contexto nacional*. Brasília: CGEE, 2012. (Série Documentos Técnicos, n. 16). p. 59-89; RIVERA, Ricardo; ESPOSITO, Alexandre Siciliano; TEIXEIRA, Ingrid. Redes elétricas inteligentes (smart grid): oportunidade para adensamento produtivo e tecnológico local. *Revista do BNDES*, v. 40, p. 76-78, 2013.

On the other hand, Brazil lacks so far an extensive normative regulation for data protection³², as seen, for example, in the European Regulation (EU) 2016/679³³. Consulting the Brazilian Constitutional Text, and being data subjects also power consumers, it can be inferred that they are protected in their consumption relations³⁴. Firstly, art. 5°, XXXII, obliges the State to promote consumer protection³⁵. Considering its position in the Constitutional Text, it is a fundamental right, but it is also a general principle of the economic activities, according to art. 170, V, of the Constitution.

As a rule, privacy and secrecy are fundamental rights and cannot suffer restrictions. Art. 5°, X and XII, of the Constitution establishes that privacy, private life, honor and image are inviolable, as well as mail, telegraphic, telephonic and data privacy (as art. 7 of the Charter of the Fundamental Rights of the European Union). Any legislation that limits the exercise of those fundamental rights should be restrictively interpreted. Regarding information rights, everyone has the right to receive information of his/her private interest or of collective or general interest (art. 5°, XXXIII)³⁶.

In the case of privacy violation – personal data obtained by illicit means, for example – the constitutional remedy *habeas data* can be filed. Doubtful is the possibility to file *habeas data* (art. 5°, LXXII) when personal data is obtained by legal means – energy data are provided, collected and processed by means of a contract –, but misused. Since in this case there would be a breach of trust, and since restriction to the fundamental right to privacy should be minimal, *habeas data* is the adequate constitutional remedy also against personal data misuse, even if processed by legal means³⁷.

Considering the current legal vacuum regarding data protection, two Draft Bills (II.3) addresses the compatibility between the technological breakthroughs related to data collection and processing and the protection of the fundamental right to privacy, as shown below.

3.1. ANEEL's Normative Resolution n° 502/2012 on electronic meters

Already in 2012, ANEEL published Normative Resolution n° 502/2012, regulating electronic metering systems for households. The remote data transmission, from the data subject to the distribution utility, is addressed only in one article. The main focus of the Resolution is to oblige distribution utilities to inform

32 Only in 2012 were computer-related crimes defined in the Brazilian Penal Code, with the enactment of Law 12.737/2012. According to art. 154-A of the Penal Code, hacking of an electronic device with the purpose to obtain, adulterate or destroy data or information without explicit or tacit authorization of the device's owner is a criminal offense. That article can apply to cybercrimes in smart metering systems.

33 More recent legal developments – like the Regulation EU 2016/679 on the protection of personal data and the Directive EU 2016/1148 on network security and information systems – has shown the concern the European Union has on the topic of the personal data protection. But already before those mechanisms, some Directives and other non-binding instruments, invested with impulse character, already raised awareness towards the interaction between the smart metering roll-out and the safeguarding of consumers' rights, although it can still be said that some open questions remain, especially related to the integration of complex smart networks, the choice between cost-effective technologies, the validity of technical standards and also the acceptance of those new systems by the consumers, cf. Communication from the Commission "Smart Grids: from innovation to deployment" of 12.4.2011. COM (2011) 202 final, p. 4-5. The EU launched a Forum with the goal to consolidate the development and research of technologies within the scope of smart grids. Cf., Available at: <<http://www.smartgrids.eu/>>.

34 For a consumerist approach of power consumers' data protection, cf. ROCHA, Maria Luiza do Valle; SILVA, Priscilla Maciel de Menezes. Medidores "inteligentes" de energia elétrica e a necessidade da *Good Governance* para salvaguardar o direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: ROCHA, Fábio Amorim da (Org.). *Temas relevantes no direito de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2013. t. 2.

35 Law n° 8.078/1990.

36 The principle of publicity of the Public Administration is found in art. 37 of the Constitution. See also Law n° 12.527/2011.

37 Likewise, cf. ROCHA, Maria Luiza do Valle; SILVA, Priscilla Maciel de Menezes. Medidores "inteligentes" de energia elétrica e a necessidade da *Good Governance* para salvaguardar o direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: ROCHA, Fábio Amorim da (Org.). *Temas relevantes no direito de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2013. t. 2. p. 701; MOREIRA, José Carlos Barbosa. O *habeas data* brasileiro e sua lei regulamentadora. *Genesis Revista de Direito Processual Civil*, v. 3, p. 18, 1998; WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. *Habeas data*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 86; ÁBALOS, María G.; CANALS, Olga P. Arrabal (Org.). *Derecho a la información, Habeas data e internet*. Buenos Aires: Editora La Rocca. 2002. p. 389.

consumers, through the installation of electronic display meters, about the tariff variation throughout the day, in order to induce and modulate power demand.

The implementation of meter systems as established by Normative Resolution n° 502/2012 should occur from the beginning of 2018 (art. 1°, § 1°). The metering systems must measure and inform the electricity consumption at least in four different tariff posts. The implementation of those meters is mandatory only in the households that adopt the “white tariff” (art. 2°). Consent to collection and transfer of energy data is *implicit* to the acceptance, by consumers, of the white tariff system.

Nevertheless, consumers can only decide to migrate to the white tariff system if he or she has information enough about the variation in the energy price and individually evaluates if this new system brings benefits to him/her. Paradoxically, the variation in the energy price is made known for the consumers only through the installation of the display meters, which, according to art. 2°, § 4°, Normative Resolution n° 502/2012, is mandatory only for consumers who have *already* decided to migrate to the white tariff system.

Regarding the right to information, the cumulated price of the energy consumed and the identification of the current tariff post have to be displayed for the consumers (art. 2°, § 1°). On consumers’ request, meter systems that provide additional information – the Resolution does not specify which – can be installed by distribution utilities (art. 3°, § 6°).

Chapter III of the Normative Resolution n° 502/2012 regulates smart metering systems, imposing on distribution utilities the adoption of procedures and technologies that ensure the safety of the transmitted data, especially personal data collected from households. The Resolution only broadly establishes the data security principle and does not specify which technologies can be used, how is the collected data to be secured nor which data are to be secured.

The Resolution further prohibits the collected data to be shared and sent to third parties without consent of the data subject. Although not expressed, it should be understood that the Resolution meant *prior* consent, and not *ex post* consent, since *ex post* consent could not be timely adequate to avoid data sharing misuse. Besides that, considering that an *ex post* consent represents a greater invasion of the right to privacy – in comparison to prior consent – and considering the right to privacy as a fundamental right, the more cautious form of consent should be adopted. More difficult to determine is if tacit – if consent given in one month is also valid for following months – or indirect consent – consent given on a broadly context, such as the signing of a power supply agreement – suits the idea of consent intended by the Resolution. Besides that, no word was addressed in regard of consent withdrawal.

Lastly, the fairness and transparency of data protection applied to the meters installed according to this regulation is brought by art. 9°, whereby data subjects are to be informed, prior to the meter installation, about the functionalities of such system and the information that will be made available to them.

The Normative Resolution n° 502/2012 cannot be considered an extensive and detailed piece of legislation on smart meters. It lacks an adequate treatment of data protection and the fulfillment of consumers’ personal rights when sharing data with distribution utilities³⁸. Nevertheless, as stated in the discussions prior to approval of the Normative Resolution n° 502/2012, the mere definition of minimum functionalities should be understood as a first step in a bigger strategic project. Besides that, focus was given on the importance of specific functionalities for the dissemination of smart grids, considering not only the fact that this technology is still under development, but also the duty to keep tariffs at a reasonable level³⁹.

38 For a critical approach of the Normative Resolution n° 502/2012, cf. RIVERA, Ricardo; ESPOSITO, Alexandre Siciliano; TEIXEIRA, Ingrid. Redes elétricas inteligentes (smart grid): oportunidade para adensamento produtivo e tecnológico local. *Revista do BNDES*, v. 40, p. 61, 2013.

39 Available at: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/aren2012502_1.pdf>. Accessed on: 25 Sept. 2017. p. 11.

3.2. Draft Bill n° 3337/2012 and Senate Bill n° 84/2012 on smart grids

At the Federal level, two draft bills address the regulation of smart grids: the Draft Bill n° 3337/2012, which creates the Smart Grids National Program – PNREI⁴⁰ and determines the complete replacement of electromechanical meters for smart meters⁴¹; the Senate Bill n° 84/2012, which establishes guidelines for the implementation of smart grids in the energy systems of distribution utilities⁴².

According to the Draft Bill n° 3337/2012, the PNREI prescribes fifteen years for the complete smart meter roll-out in Brazil. Smart grids are understood in the proposed legislation as power networks which intensively apply information-related equipments and technologies in power generation, transmission and distribution, automating and optimizing the operation and protection actions, as well as providing consumers with real time information on current tariffs, energy consumption and conditions related to system operation.

On the other hand, smart meters are not defined in the Draft Bill. In fact, it opts to use the expression “electronic meters” and not “smart” or “intelligent meters”, as opposed to the more common electromechanical meters. If the Draft Bill meant “smart” when it mentioned “electronic”, is not clear, since no definition can be found in the regulation. However, an analysis of the features of electronic meters helps elucidate this matter. According to art. 2° of the Draft Bill n° 3337/2012, electronic meters should be able to register, for each measure period, the maximum demand of verified energy and the energy consumed. Besides that, distribution utilities should implement a communication system between each meter and their management centers, in order to allow for each consumer to follow, in real time, current energy tariffs. Considering that – and although the Draft Bill does not describe the full functionalities and possibilities of smart meters, for example, the data collection and processing by data controllers or distribution utilities –, the electronic meters regulated by the Draft Bill can be considered “smart”.

Running parallel in the Brazilian Senate there is Senate Bill n° 84/2012, in which Bill Justification is argued that Brazil is late regarding the implementation of smart grids and that these systems can bring several benefits to consumers, like tariff price reduction, greater transparency in consumption relations, right to choose their energy supplier, development of distributed generation and fostering of renewable energies. Additionally, with smart grids (i) the costs with personnel to measure power consumption will be reduced; (ii) the operative efficiency will be enhanced due to reduction of technical losses; (iii) network reliability will grow; (iv) technical flaws will be foreseen; (v) hourly tariffs will become the rule; (vi) consumers will be able to instantaneously check the quality of energy supplied; (vii) will be possible to optimize the operation of electronic devices in households (internet of things); among others.

The Senate Bill Justification also uses the expression “electronic meters” to refer to “smart meters”. Differently from the Draft Bill n° 3337/2012, the Senate Bill n° 84/2012 prescribes eight years for the complete smart meter roll-out in Brazil. The Senate Bill does not offer a concept for electronic meters but defines smart grid as “a set of networks and equipments associated to the distribution utility’s system, whose control and command is done by using digital technology for information, measurement, monitoring and telecommunication, and whose adoption allows for the offering of better services to consumers and the improvement of existing services”. Not clear, however, is what defines a service as “better” and what characterizes a service as “improved”.

Art. 3° of the Senate Bill rules that smart grids should, among others, be composed of a reliable communication system between automation devices and be able to instantaneously and bi-directionally transfer in-

40 Abbreviation in Portuguese.

41 This Draft Bill is since May, 2017, waiting for rapporteur designation by the Commission for Constitution, Justice and Citizenship.

42 This Senate Bill is since April, 2017, with the rapporteur, Senator Dario Berger.

formation between devices. Once again, the Bill does not explain what constitutes a “reliable” communication system nor lists which pieces of information are to be transferred. Art. 4º, though, specifies minimum standards and functionalities for the electronic meters, including bi-directional communication systems. It can be inferred that the information collected through the use of those standards and functionalities can be transferred. The functionalities include: metering of energy, active and reactive demand, power factor, energy frequency, control of commercial losses, remote power cut and restart, instantaneous verification of individual quality indexes, pre-payment, open protocol, net metering, four tariff posts.

As seen, both Bills are extremely broad, vague and superficial in the regulation of smart meters. The basic principles relevant to the issue are not properly addressed and there is a lack of legal treatment regarding the role of the agents involved in the installation, operation and monitoring of smart meters, as well as with regard to the treatment of the data measured. Besides that, there is an emphasis in both Bills on the benefits and functionalities of smart meters for the consumers’ side, with no elucidation of how distribution utilities should collect, process and store the information gathered. Finally, the right to be forgotten and the right to require information on stored data are not addressed in the Bills.

3.3. Draft Bills n° 4060/2012 and n° 5276/2016 on personal data protection

There are two Draft Bills related to personal data protection under discussion in the Brazilian Congress: the Draft Bill n° 4060/2012, framing the processing of personal data, and the Draft Bill n° 5276/2016, “framing the processing of personal data to ensure the free development of the personality and the dignity of natural persons”⁴³. While the former can be criticized for the lack of depth in the regulation of personal data protection, the latter offers greater concern to the right to privacy and regulates the issue in more detail, reasons of which justify its analysis and application to smart meters below.

3.3.1. Application of the Bills on personal data protection to smart meters

According to art. 2º of the Draft Bill n° 5276/2016, the protection of personal data’s regulation fundamentals itself in the respect for privacy; the self-determination to information; the freedom of expression, communication and opinion; the inviolability of privacy, private life, honor and image; the economical and technological development; as well as for the free enterprise, freedom of competition and consumer protection.

If approved, this Bill will find application for the data collected and processed in the Brazilian territory, even if the data bank is permanently or temporarily placed overseas. The Bill will also apply if the processing aims at offering or providing goods or services in Brazil (art. 3º)⁴⁴. The Bill will not apply to data processing made by natural person for personal purposes; made for journalistic, artistic, literary or academic purposes; made for exclusive purposes of public security, national defense, State security or activities related to criminal investigation and persecution (art. 4º)⁴⁵.

Considering that, the personal data transferred through smart meters could find protection under the Draft Bill n° 5276/2016. The Draft Bill n° 5276/2016 could, nevertheless, be repealed for energy data

43 Considering that both Draft Bills regulate the same topic, the Bills were joined and since November 2016 they wait for the establishment of a Special Commission in charge of issuing an Opinion.

44 On the other hand, art. 2º of the Draft Bill n° 4060/2012 affirms only that every person has the right to personal data protection.

45 KEPPELER, Lutz Martin. *Personenbezug und Transparenz im Smart Meter-Datenschutz zwischen europäischem und nationalem Recht. Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft – EnWZ*, v. 4, p. 105, 2016, addressing the question whether data processing within the scope of smart metering could be regarded as data processing carried out in the public interest, argues that classically, the power supply to consumers and correlated activities are considered functions of the State. Considering the energy sector activities as public services, the data processing performed in the context of such public services – in pursue of the goal of energy efficiency and energy security, especially – could be considered of public interest.

processing due to public security or State security reasons. Although it could be argued that the promotion of energy efficiency by means of the collection and processing of energy data from power consumers contributes ultimately to energy security, it would still be needed a power crisis scenario – that is, an abnormal situation – in order to consider a threat to energy security as a public security or State security issue. The Bill is, therefore, applicable to energy data collected from smart meters.

It is worth noting that, on the other hand, the application of the less detailed Draft Bill n° 4060/2012 for the cases of information collected by smart meters would become doubtful if considered the concept of “personal data” contained in the Draft Bill n° 4060/2012, understood as any information which allows the exact and precise identification of a particular person (art. 7º, I). In a family house, with more than one inhabitant, the distribution utility cannot exactly and precisely identify which inhabitant consumed which amount of energy. The mere fact that the smart meter in a household is registered in the name of one of the house’s inhabitants, on one hand, and the mere fact that each household has one smart meter, on the other, do not suffice *per se* to attend the definition’s criteria of “a particular person”, as ruled by Draft Bill n° 4060/2012.

Therefore, only an extensive interpretation of the legal text or the creation of a *legal fiction* in the Draft Bill n° 4060/2012 would allow for the subsumption of “energy data” collected from a household, inhabited by many individuals, in the concept of “personal data”. Art. 5º, I, of the Draft Bill n° 5276/2016 is more specific in the definition of “personal data” but does not completely solve this problem. It defines “personal data” as “data related to an identified or identifiable natural person, including identifying numbers, locational data or electronic identifier, when they are related to a person”⁴⁶. Still, it remains open the question as to if the energy data collected in a household can be considered personal data⁴⁷. Considering only the definition above mentioned, the energy data collected and processed would have to be considered personal data⁴⁸, *as if* only the owner of the smart meter (or the owner of the property where the meter is located) consumed electricity at a given period. Ideally, either the Draft Bills on smart meters or the Draft Bills on data protection should clarify that the energy data collected by smart meters and processed by distribution utilities are to be considered personal data, for data protection purposes.

Besides the discussion regarding the consideration of “energy data” as “personal data” for data protection purposes, it is also necessary to clarify if the purposes that legitimate data processing include the processing of data collected by smart meters.

Art. 7º of the Draft Bill n° 5276/2016 addresses the cases under which data processing is lawful. Firstly, free, informed and unmistakable consent⁴⁹ of the data subject has to be provided. Data processing is also lawful for the fulfillment of a legal obligation by the data processor; by the Public Administration, for the processing and shared use of data necessary to the execution of public policies established in laws or regulations; for the completion of historical, scientific or statistical research; when necessary for the execu-

46 Similar to the definition of “personal data” in art. 4(1) of the Regulation (EU) 2016/679: “any information relating to an identified or identifiable natural person (‘data subject’); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an *identification number*, location data, an *online identifier* or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person”.

47 BREITTHAUER, Sebastian. Smart Meter im Spannungsfeld zwischen Europäischer Datenschutzgrundverordnung und Messstellenbetriebsgesetz. *EnWZ*, v. 3, p. 57, 2017, understands that, since each smart meter allows for an individualized labeling of a consumer, an identification of natural person, and therefore the collection and processing of personal data, could be (technically) possible. Besides that, the concept of “personal data” would have contact points with the so-called “energy data”, not only because of the information about the inhabitants of a house, but also with regard to the habits of a house’s inhabitant.

48 When addressing the consideration of anonymised data – data related to a data subject which cannot be identified – as personal data, art. 13, § 1º, of the Draft Bill n° 5276/2016, establishes that data used for the constitution of a behavioral profile of a determined natural person, regardless if identifiable or not, can be considered personal data, for the purposes of the Bill. The processing of energy data could fit into this article, but only for the purpose of the constitution of a behavioral profile – not for the offering, for example, of better energy tariffs, since data processing should be attached to a specific purpose.

49 Cf. II.3.2 below.

tion of a contract or preliminary procedure related to a contract in which the data subject is party; for the regular exercise of rights within a judicial or administrative process; for the protection of the data subject's or a third party's life or physical safety; for health protection; and when necessary to attend the legitimate interests of data processors or third parties, except in the cases when data subject's interests or fundamental rights and liberties prevail and demand personal data protection, especially if the data subject is underage.

Processing of energy data collected by smart meters is allowed after consent of power consumers. It is doubtful if (tacit) consent is considered as given by an energy consumer that chooses to enter into the white tariff regime. The issue is relevant, since the choice for the white tariff regime makes mandatory for the distribution utility to install an electronic meter (art. 1, §1º, and art. 2º, Normative Resolution nº 502/2012), which can – depending on the meter model – provide for transmission of consumers' energy data (smart meter). It is not reasonable to expect all power consumers to know the relations between the white tariff regime, smart metering and data processing. Data processing is not a direct and unavoidable consequence of meters – ANEEL acknowledges that by regulating in separate articles electronic meters (arts. 2º and 3º) and meters with “remote communication system” (art. 7º). Furthermore, consent should be given in writing or by any other means which allows for its clear identification (art. 9º of the Draft Bill nº 5276/2016). Considering that, it can be concluded that even in the cases where the installation of a smart meter is mandatory, for the purpose of white tariff regime's implementation, the processing of data can only occur after express, direct and unmistakable consent of the data subject. The Draft Bill nº 5276/2016, in art. 8º, §4º, wisely establishes that when consent for data processing is a condition for the delivery of a product or a service – such as the white tariff regime, for instance – the data subject has to especially informed about this fact and about the rights s/he has to exercise control over the processing of his/her data.

Besides by means of consent, processing of energy data could be justified to fulfill three purposes.

Firstly, if data processors – distribution utilities, for instance – are required by law to process data. That is the case either in art. 1º, §1º, of ANEEL's Normative Resolution nº 502/2012, which obliges distribution utilities to install smart meters from 2018, or in art. 2º of the Draft Bill nº 3.337/2012 or in art. 1º of the Senate Bill nº 84/2012.

Secondly, processing of data by the Public Administration is lawful when needed for the execution of a public policy. In order to frame energy data processing within this purpose, data processors would have to be understood as part of the Public Administration. According to Decree-Law 200/1967, the Public Administration is divided between direct Administration – services integrated in the administrative structure of the Presidency and Ministries (art. 4º, I) – and indirect Administration, comprised of autarchies, state-owned companies, mixed-economy companies and public foundations (art. 4º, II). In Brazil, there is some distribution utilities – data processors for the purpose of ANEEL's Normative Resolution nº 502/2012 – organized as mixed-economy companies. But since not every distribution utility assume this form, i.e. since not every distribution utility is part of the indirect Administration, this justification for data processing does not apply to smart meters. Otherwise, it would be discriminatory if only mixed-economy utilities were obliged to comply with the Draft Bill nº 5276/2016, but not the privately-owned utilities. Besides that, the purpose for personal data processing under this case is only lawful within the scope of the execution of a public policy, which does not exist yet.

Thirdly, data processing is lawful within the performance of a contract. Data processors – distribution utilities or not – and data subjects can enter into contract to regulate rights and obligations related to the processing of energy data collected by smart meters. That is, though, not the case in the Normative Resolution nº 502/2012, which does not oblige distribution utilities to enter into a contract by the installation of smart meters nor by data processing.

3.3.2. Principles of data protection and their relation to smart metering

Consent is defined in Draft Bill n° 5276/2016 as “a free, informed and unmistakable manifestation, by means of which the data subject agrees with the processing of his/her personal data for a specific purpose” (art. 5°, VII). “Free” means without coercion or pressure of any kind. “Informed” means that consent can only be given if the data subject has clear understanding of what s/he is consenting for. Transparency is, therefore, crucial for informed consent. “Unmistakable” means that tacit or indirect consent is invalid, being necessary a specific and expressed consent. Additionally, general consent is also invalid, since the manifestation is to be given “for a specific purpose”⁵⁰⁻⁵¹.

Art. 6° of the Draft Bill n° 5276/2016 lists the *principles* applied to personal data processing⁵². Data processing should respect good faith and the principles of purpose, adequacy, necessity, free access, data quality, transparency, security, prevention and non-discrimination.

“Purpose” means that data should be processed only for legitimate, specific and explicit purposes, which need to be informed to the data subject. If data is misused, i.e., if data is processed for a different purpose as initially allowed, the right to personal data privacy is considered infringed⁵³.

According to the adequacy principle, there must be a compatibility between the data processing, on one side, and the purpose and legitimate expectations of the data subject, on the other side, considering the data processing context.

The necessity principle observes the data minimization, according to which data processing should be limited to the minimum needed to achieve its respective purpose. Considering that, data collected should be pertinent, proportional and non-excessive in relation to the purpose of data collection. Data minimization promises to be a highly relevant principle within the implementation of smart meters, since the efficiency of these technology depends on the amount of data collected and processed. It still remains as an open question, which energy data and which amount of energy data from power consumers suits the data minimization principle.

The principle of free access guarantees data subjects easy and free of charge consultation about the processing categories and about the integrality of their personal data. This principle is intertwined with the data quality principle, by which the accuracy, clarity, relevance and updating of data are guaranteed to data subjects, according to a periodicity proportional to the purpose of the data processing.

As the above mentioned principles, also transparency is related to the broader right to information. Data subjects should receive clear, adequate and easily accessible information about the data processing and the respective data processor. The data subject should have unhindered access to the specific purpose of the processing; form and duration of the processing; identification of the data processor; data processor's contact info; third parties to which the collected data can be transferred; responsibilities of the data processors; his/her rights, with the explicit mention to the right to access or rectify data, right to withdraw consent, right to file a complaint and right to deny consent, when consent is required (art. 8° of the Draft Bill n°

50 Consent is further regulated in arts. 8° and 9° of the Draft Bill n° 5276/2016.

51 The Draft Bill n° 4060/2012 requires consent – quite broadly given “by any means which allows for expression of will” – only within the scope of sensitive data processing and it is not necessary, not even for sensitive data, in case of legal determination (art. 12). Firstly, it is astonishing that the Draft Bill n° 4060/2012 neither provides for a definition of consent nor specifies how consent should be given. Secondly, no reason was found in the Bill Justification to draw the consent line between personal data and sensitive data, as if personal data would not need consent at all to be processed.

52 Chapter II of the Draft Bill n° 4060/2012 establishes the requirements and standards for the processing of personal data. Personal data should be processed with trustworthiness and in good faith (art. 9°). These principles have similar content as the fairness principle brought by Regulation (EU) 2016/679.

53 ROCHA, Maria Luiza do Valle; SILVA, Priscilla Maciel de Menezes. Medidores “inteligentes” de energia elétrica e a necessidade da *Good Governance* para salvaguardar o direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: ROCHA, Fábio Amorim da (Org.). *Temas relevantes no direito de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2013. t. 2. p. 700.

5276/2016)⁵⁴. The list of art. 8° is not categorical and other data subject's rights receive attention of the Draft Bill n° 5276/2016, such as the right to be forgotten (art. 16)⁵⁵, right to anonymisation (art. 18, IV), right to request revision of decisions taken exclusively based on automated processing of personal data (art. 20), among others.

It should be noted that ANEEL's Normative Resolution n° 502/2012 does not address the issue of information access. It addresses only which information should be displayed for energy consumers (art. 2°) and the consumers' right to be informed previously on the functionalities of electronic meters and which data will be gathered (art. 9°). The principles listed in the Draft Bill n° 5276/2016 – if approved, it will have the status of a Law, hierarchically higher than a normative act of a regulatory body of the Public Administration, such as ANEEL – demand more than that to satisfy data subjects' fundamental right to information.

The principle of security establishes that up-to-date technical and administrative measures should be adopted by data processors, in order to protect personal data from unauthorized access and illicit or accidental situations which can lead to data destruction, loss, alteration, communication or diffusion. The adoption of such measures should be proportional to the nature of the data processed⁵⁶. The prevention principle has close relation to this principle, since, according to prevention, measures should be adopted in order to prevent the occurrence of damages resulting from data processing.

Security is further detailed in arts. 45 to 49 of the Draft Bill n° 5276/2016, although concrete measures to ensure an appropriate level of security⁵⁷, are not addressed in the Draft Bill. Technical and organizational standards can be established by the competent authority, which will also consider not only the scope of the data processed, but also the specific features of the processing and the technology's current state, especially for sensible data. The data processors are obliged to confidentiality of the personal data, even after the data processing. The Bill also addresses measures to be taken by data processors in case of a security breach that could cause relevant risks or damages to data subjects. Data subjects are to be informed of the security incident only after decision of the competent authority (art. 48, I), unless it is possible to identify a risk to the personal safety of the data subject, case of which the communication of affected data subject is mandatory (art. 48, §2°).

What the detailing of the security principle in the Draft Bill n° 5276/2016 also does not address is the economical feasibility of a given technology. It is clear, on one side, that data processors are not obliged to use technologies that exceed a reasonable data protection level. On the other side, it cannot be inferred from the text if the (high) cost of a specific technology – already developed, tested and widely used, i.e. reflecting the current state of technology – offers reasonable ground that justifies a refusal by a data processor to adopt such technology. Simply put, affordability is not expressly considered a normative restraint to investments made in security tools that should be considered in the proportionality test⁵⁸.

Finally, data processing cannot be undertaken for discriminatory purposes. Although this principle is especially important in the processing of sensitive data, nothing in the Bill indicates that it cannot apply to

54 Data subject's rights are listed in detail in Chapter III of the Draft Bill n° 5276/2016.

55 The right to be forgotten suffers restriction by the Draft Bill, since processed data, even after its use, can be stored in order to fulfill a legal obligation by the data processor, for historical, scientific or statistical purposes, and shared with third parties. Furthermore, the regulatory body can establish specific purposes for personal data conservation (art. 16, single paragraph). Once again, the Draft Bill is vague regarding the maximum time personal data can be stored or in which ways processed data should be shared.

56 The less detailed Draft Bill n° 4060/2012 mentions only that Data processors are responsible to adopt technological measures in order to reduce – the Bill does not say “eliminate” – to a maximum the risks of destruction, loss, non-authorized access or not allowed data processing. The measures adopted are to be proportional to the technological state-of-the-art, to the nature of the data and the specific features of the processing (Art. 10). This Draft Bill recognizes that a completely breach-free security system is not technologically feasible. Likewise, technologies are still being developed in order to improve tools for better and more long-lasting storage. There must be a proportionality between the level of data protection pursued and the technologies available.

57 Like Article 32(1) of the Regulation (EU) 2016/679.

58 Economical feasibility is mentioned in Recital 55 of the Directive 2009/72/EC and in the Directive 2012/27/EU (“...financially reasonable...”) as a precondition for the smart meter roll-out. ANEEL's Normative Resolution n° 502/2012, on the other hand, obliges distribution utilities to equip with smart meters households that choose the white tariff regime.

personal data processing. As for smart meters and energy data, it would be discriminatory if a distribution utility handles data subjects differently, according to their energy consumption or according to the amount of data they make available for processing.

3.3.3. Other data protection rules with application on smart meters

The Draft Bill n° 5276/2016, besides regulating the principles of data protection and the rights and remedies of data subjects, it also details other aspects of data processing that, given the fact that they find application to smart meters, are brought by in this section.

Firstly, it addresses a chapter on the personal data processing by the Public Power⁵⁹ (arts. 23 to 30). This chapter is of importance for smart meter regulation, considering that some distribution utilities are public companies and mixed-economy companies.

Also regulated is the international transfer of data (arts. 33, 34 and 35), the personal data processing agents (“controller” and “operator”) (art. 36 to 44), good governance practices (arts. 50 and 51)⁶⁰, administrative sanctions (art. 52), competences of regulatory bodies (art. 53) and the creation of a National Council for Data Protection and Privacy (arts. 54 and 55). It is not yet clear how the competent body responsible for the implementation of the data protection Bill will interact with other agencies and regulatory bodies when data processing occurs within a specific regulated sector of the economy, such as telecommunications and power. The Draft Bill n° 5276/2016 rules only that the bodies of the Public Power should inform the cases under which they process personal data, providing clear and updated information about this activity in their websites (art. 24). Publicity also applies to the communication of personal data among Public Law’s entities and bodies (art. 28).

4. CONCLUDING REMARKS

As seen in this paper, the interactions between smart meters and data protection are only recently becoming clear. Although some international literature – as quoted in the sections above – already addresses the issue with a legal approach, the Brazilian literature still lacks critical work in this matter. The general goal of this article was to fill this gap.

Analyzing the legislation in force, it can be concluded that the regulation of smart meters in Brazil is still incipient and a broader acceptance of the population⁶¹ regarding its benefits can also be necessary for the development of the technology. The Draft Bills regarding the smart-meter roll out cannot be considered as an extensive and detailed smart meter regulation. Since those Bills are still under discussion in the Parliament, there is a chance for further and developments on how to legally align the goal of energy efficiency and energy security with a little as possible limitation to the right to privacy.

On the other hand, one of the data protection Draft Bills is extremely privacy-sensitive, addresses the issues related to consumers’ privacy adequately and equals the highly detailed Regulation EU 2016/679. In many ways the data protection regulation finds application to smart metering. The concept of data protec-

59 Public bodies of the Direct Administration of the Executive, Legislative and Judiciary Powers, including Fiscal Courts, Judicial Courts and Public Prosecution, as well as autarchies, public foundations, public companies, mixed-economy companies and other entities controlled directly or indirectly by the Federation, States, the Federal District and Municipalities.

60 About good governance, cf. ROCHA, Maria Luiza do Valle; SILVA, Priscilla Maciel de Menezes. Medidores “inteligentes” de energia elétrica e a necessidade da *Good Governance* para salvaguardar o direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: ROCHA, Fábio Amorim da (Org.). *Temas relevantes no direito de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2013. t. 2. p. 708.

61 MCLEAN, Megan. How smart is too smart? How privacy concerns threaten modern energy infrastructure. *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, v. 18, p. 881, 2016.

tion is, though, not without some legal reasoning effort applicable to energy data collected by smart meters. Of greater concern is the relation between the data minimization principle and the efficiency of smart metering systems, since the efficiency of this technology depends on the amount of data collected and processed. It still remains as an open question, which energy data and which amount of energy data from power consumers suits the data minimization principle. Besides that, the right to consent withdrawal can also hamper the smartness of the meters.

Further research, when – and if – the Draft Bills are passed, could provide for relevant insights, especially given the fact that from 2018 the white tariff regime – which demands the installation of smart meters – will become mandatory.

BIBLIOGRAPHY

ÁBALOS, María G.; CANALS, Olga P. Arrabal (Org.). *Derecho a la información, Habeas data e internet*. Buenos Aires: Editora La Rocca. 2002.

ANGENENDT, Nicole; BOESCHE, Katharina Vera; FRANZ, Oliver Helge. Der energierechtliche Rahmen einer Implementierung von Smart Grids. *Recht der Energiewirtschaft – RdE*, 2011.

BAUMGART, Max. A (legal) challenge to privacy: on the implementation of smart meters in the EU and the US. In: LEAL-ARCAS, Rafael; WOUTERS, Jan (Org.). *Research handbook on EU Energy Law and Policy*. England: Edward Elgar, 2017.

BENZ, Steffen. Energieeffizienz durch intelligente Stromzähler – Rechtliche Rahmenbedingungen. *Zeitschrift für Umweltrecht – ZUR*, v. 10, 2008.

BOCCUZZI, Cyro Vicente. Smart grid e o big brother energético. *Metering International*, v. 1, 2010.

BONNICI, Jeanne. Exploring the non-absolute nature of the right to data protection. *International Review of Law, Computers & Technology*, v. 28, 2014.

BRETTTHAUER, Sebastian. Smart Meter im Spannungsfeld zwischen Europäischer Datenschutzgrundverordnung und Messstellenbetriebsgesetz. *EnWZ*, v. 3, 2017.

CAMERON, Peter. *Competition in energy markets: law and regulation in the European Union*. 2. ed. England: Oxford, 2007.

CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS. *Redes elétricas inteligentes: contexto nacional*. Brasília: CGEE, 2012. (Série Documentos Técnicos, n. 16).

CLINGENDAEL INTERNATIONAL ENERGY PROGRAMME. Security of supply in the run-up to the post-2020 period, *CIEP*, n. 4, 2014.

DYER, Hugo; TROMBETTA, Maria Julia. The concept of energy security: broadening, deepening, transforming. In: DYER, Hugo; TROMBETTA, Maria Julia (Org.). *International Handbook of Energy Security*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

EUROPEAN COMMISSION. *Cyber Security of the Smart Grids*. Paper produced by the Expert Group on the Security and Resilience of Communication Networks and Information Systems for Smart Grids. Summary Report, 2013.

FRACARI, Fabiano; SANTOS, Iverton dos; SANCHEZ, Gustavo. Smart Grid: uma nova forma de controle de Energia Elétrica. *Rev. de Empreendedorismo, Inovação e Tecnologia*, v. 2, 2015.

FUSTER, Gloria González; GELLERT, Raphaël. The fundamental right of data protection in the Euro-

- pean Union: in search of an uncharted right. *International Review of Law, Computers & Technology*, v. 26, 2012.
- GLACHANT, Jean-Michel; AHNER, Nicole. Is energy security the objective of EU energy policy? In: VI-NOIS, Jean-Arnold (Org.). *EU Energy Law: The security of energy supply in the European Union*. Holand: Claeys & Casteels, 2012. v. 6.
- GUCKELBERGER, Annette. Smart Grids/Smart Meter zwischen umweltverträglicher Energieversorgung und Datenschutz. *Die Öffentliche Verwaltung – DÖV*, v. 16, 2012.
- GUIDI, Guilherme Berti de Campos. *Modelos regulatórios para proteção de dados pessoais*. 2017. Disponível em: <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/03/Guilherme-Guidi-V-revisado.pdf>>. Accessed in: 30 Oct. 2017.
- HEINLEIN, Björn. Rechtsrahmen von Smart Grids und Smart Markets. In: AICHELE, Christian; DOLESKI, Oliver D. (Org.). *Smart Market: vom Smart Grid zum intelligenten Energiemarkt*. Wiesbaden: Springer Vieweg, 2014.
- HORNUNG, Gerrit; FUCHS, Katharina. Nutzerdaten im Smart Grid: zur Notwendigkeit einer differenzierten grundrechtlichen Bewertung. *Datenschutz und Datensicherheit – DuD*, v. 36, 2012.
- KEPPELER, Lutz Martin. Personenbezug und Transparenz im Smart Meter-Datenschutz zwischen europäischem und nationalem Recht. *Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft – EnWZ*, v. 4, 2016.
- LANIM, Hugo. *Medição eletrônica em baixa tensão: aspectos regulatórios e recomendações para implantação*. 2009. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2009. p. 96. Available at: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4040/1/2009_HugoLamin.pdf>. Accessed on: 29 Sept. 2017.
- LÖSCHEL, Andreas; MOSLENER, Ulf; RÜBBELKE, Dirk. Indicators of energy security in industrialised countries. *Energy Policy*, v. 38, 2010.
- MENEZES NETO, Elias Jacob; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BEZERRA, Tiago José de Souza Lima. O projeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5276/2016) no mundo do big data: o fenômeno da *dataveillance* em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos, in: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.
- MCKENNA, Eoghan; RICHARDSON, Ian; THOMSON, Murray. Smart meter data: balancing consumer privacy concerns with legitimate applications. *Energy Policy*, v. 41, 2012.
- MCLEAN, Megan. How smart is too smart? How privacy concerns threaten modern energy infrastructure. *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, v. 18, 2016.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O habeas data brasileiro e sua lei regulamentadora. *Genesis Revista de Direito Processual Civil*, v. 3, 1998.
- MOREIRA, Josilene Aires; SCETTINO, Stevon; SILVA, Ricardo Moreira da. Aspectos de segurança em smart grid. In: *Encontro Nacional de Engenharia de Produção*, 33., Salvador-BA, Brasil, 2013.
- MÜLLER, Friedemann. Strategische Bedingungen für die Nutzung der Weltenergieserven: Energiesicherheit und internationale Sicherheitspolitik. In: LEIBLE, Stefan; LIPPERT, Michael; WALTER, Christian. *Die Sicherung der Energieversorgung auf globalisierten Märkten*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.
- PAPAKONSTANTINOU, Vagelis; KLOZA, Dariusz. Legal protection of personal data in smart grid and smart metering systems from the European perspective. In: GOEL, S. et al. *Smart grid security*. London: Springer-Verlag, 2015.
- PEREIRA, Breno Pompeu Carvalho. *Análise de eficiência energética em rede inteligente de energia elétrica*. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) - Universidade Federal de Santa Maria, Rio Grande do Sul, 2015.

- PÉREZ, José Hoyos. The protection of critical energy infrastructures. In: VINOIS, Jean-Arnold (Org.). *EU Energy Law: The security of energy supply in the European Union*. Holland: Claeys & Casteels, 2012. v. 6.
- PIELOW, Johann-Christian. Wie effizient ist das Regelwerk zur Energieeffizienz? In: CREMER, Wolfgang; PIELOW, Johann-Christian (Org.). *Probleme und Perspektiven im Energieumweltrecht*. Stuttgart: Boorberg, 2009.
- REBOUÇAS, Roberto. *Empresas de energia ignoram riscos de ameaças virtuais*. 2017. Available at: <<http://brasilenergia.editorabrasilenergia.com/daily/bec-online/eletrica/2017/09/artigo-empresas-de-energia-ignoram-riscos-de-ameacas-virtuais-476022.html>>. Accessed in: 26 Sep. 2017.
- RIVERA, Ricardo; ESPOSITO, Alexandre Siciliano; TEIXEIRA, Ingrid. Redes elétricas inteligentes (smart grid): oportunidade para adensamento produtivo e tecnológico local. *Revista do BNDES*, v. 40, 2013.
- ROCHA, Maria Luiza do Valle; SILVA, Priscilla Maciel de Menezes. Medidores “inteligentes” de energia elétrica e a necessidade da *Good Governance* para salvaguardar o direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: ROCHA, Fábio Amorim da (Org.). *Temas relevantes no direito de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2013. t. 2.
- ROGGENKAMP, Martha. Protecting infrastructure in order to guarantee supply security: critical infrastructure in the EU. In: ROGGENKAMP, Martha et al. (Org.). *Energy networks and the Law*. England: Oxford, 2012.
- ROSTANKOWSKI, Anke. Die Ausgleichsmechanismus-Verordnung und der Ausbau erneuerbarer Energien. *Zeitschrift für Neues Energierecht – ZNER*, v. 2, 2010.
- STASCHUS, Konstantin. The active role of TSOs and their association ENTSO-E to ensure, today and tomorrow, the security of electricity supply of 532 million citizens. In: VINOIS, Jean-Arnold (Org.). *EU Energy Law: The security of energy supply in the European Union*. Holland: Claeys & Casteels, 2012. v. 6.
- TOLEDO, Fábio de Oliveira. Redes elétricas inteligentes e a ruptura de paradigmas tecnológicos do setor elétrico. In: ROCHA, Fábio Amorim da (Org.). *Temas relevantes no direito de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2013. t. 2.
- VALOR ECÔNOMICO. *Setor de energia inova no relacionamento com consumidores*. 26 jul. 2017. Available at: <<http://www.valor.com.br/empresas/5053724/setor-de-energia-inova-no-relacionamento-com-consumidores>>.
- VALOR ECÔNOMICO. *Redes inteligentes começam a avançar pelo Brasil*. 28 ago. 2017. Available at: <http://www.valor.com.br/empresas/5096398/redes-inteligentes-comecam-avancar-pelo-brasil>>.
- VOGELSANG, Michael; VOLLMERT, Singy. Der Ausbau erneuerbarer Energien – Netzstruktur, Systemintegration und Marktdesign. *Zeitschrift für KMU und Entrepreneurship – ZfKE*, v. 3, 2012.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. *Habeas data*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- WINZER, Christian. Conceptualizing energy security. *EPRG Working Paper*, University of Cambridge, n. 1123, 2011.
- ZENIEWSKI, Peter; MARTÍNEZ-ANIDO, Carlo Brancucci; PEARSON, Ivan L. G. Framing new threats: the internal energy security of gas and electricity networks in the European Union. In: DYER, Hugo; TROMBETTA, Maria Julia. *International Handbook of Energy Security*. UK: Cheltenham, 2013.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**O cyberbullying e os limites da
liberdade de expressão**
The cyberbullying and the limits
of freedom of expression

Janile Lima Viana

Cinthia Meneses Maia

Paulo Germano Barrozo de
Albuquerque

VOLUME 7 • Nº 3 • DEZ • 2017
DIREITO E MUNDO DIGITAL

O *cyberbullying* e os limites da liberdade de expressão*

The *cyberbullying* and the limits of freedom of expression

Janile Lima Viana**

Cinthia Meneses Maia***

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque****

RESUMO

Este artigo tem como objetivo o estudo das relações entre o *cyberbullying* e o direito fundamental à liberdade de expressão. Primeiramente, será feita uma abordagem acerca da *Internet*, ressaltando aspectos relevantes, sua criação e desenvolvimento no Brasil. Ainda nesse tópico, será estudada a esfera privada e sua invasão à esfera pública e, por fim, a criação do Marco Civil da *Internet*. No tocante ao *cyberbullying*, destaca-se que este é uma espécie de *bullying* no meio virtual, que se utiliza, muitas vezes, da liberdade de expressão como forma de justificar as ofensas aos direitos à imagem e à honra. No quarto tópico, buscar-se-á compreender os aspectos d liberdade de expressão, que, apesar de ser um direito fundamental do ser humano, não pode ser considerada como absoluta, possuindo limites nos direitos de personalidade. Ao final, entende-se que o *cyberbullying* é um problema de saúde pública mundial, uma vez que as consequências são devastadoras, de tal maneira que são necessárias tutelas jurídicas específicas para inibir a prática desses atos. A metodologia empregada foi qualitativa e teórica, mediante a análise descritiva, delimitada por meio de pesquisa científica bibliográfica.

Palavras-chave: Cyberbullying. Liberdade de expressão. Limites.

ABSTRACT

This article aims to study the relationship between cyberbullying and the fundamental right to freedom of speech. Firstly, an approach will be made about the Internet, highlighting relevant aspects, its creation and development in Brazil. Also in this topic is studied the private sphere and its invasion to the public sphere, and, finally, the creation of the Civil Landmark of the Internet. With regard to cyberbullying, it is pointed out that this is a type of bullying in the virtual environment, which often uses freedom of speech as a way to justify offenses against rights to image and honor. In the fourth topic the freedom of speech studied, emphasizing that, despite being a fundamental right of the human being, it cannot be considered absolute, having as limits the rights of the personality. In the end, it is understood that cyberbullying is a global public health problem, since the consequences are devastating, in such a way that specific legal guardianships are needed to

* Recebido em 30/10/2017
Aprovado em 09/12/2017

** Advogada. Especialista em Direito Processual pelo Centro Universitário Sete de Setembro. Mestranda em Direito Privado pelo Centro Universitário Sete de Setembro (UNI7). E-mail: Janilelima@yahoo.com.br.

Advogada. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Mestranda em Direito Privado pelo Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). E-mail: cinthiamaia_@hotmail.com.

Possui graduação em Psicologia pela Universidade Federal do Ceará (1997), mestrado em Psicologia (Psicologia Clínica) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000) e Doutorado em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará (2008). Durante o mestrado e o doutorado, pesquisou principalmente os seguintes temas: os processos de subjetivação e as sociedades contemporâneas, arte e política, Gilles Deleuze e Clarice Lispector. Atualmente é coordenador e professor do Curso de Psicologia do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), além de professor na graduação e no mestrado de Direito da UNI7 no qual está vinculado à linha de pesquisa Relações Privadas, Direitos Humanos e Desenvolvimento. E-mail: paulogermano@uni7setembro.edu.br.

inhibit the practice of these acts. The methodology used was qualitative and theoretical, through the descriptive analysis, delineated through scientific bibliographical research.

Keywords: Cyberbullying. Freedom of expression. Limits.

1. INTRODUÇÃO

Este escrito se volta, por um lado, para o estudo do *cyberbullying* ante a liberdade de expressão. A importância do tema reside no fato de que o *cyberbullying* é um problema de saúde pública global, merecendo, assim, atenção especial. Por outro, enfatiza-se que a liberdade de expressão é um dos principais direitos fundamentais. Assim, a discussão diz respeito, justamente, aos limites da liberdade de expressão, uma vez que, caso não existissem os problemas decorrentes da livre fala, como o *bullying* e o *cyberbullying*, seriam ainda maiores.

Inicialmente, será procedida, de maneira breve, uma análise histórica da rede mundial de computadores, ressaltando sua criação nos Estados Unidos dos anos de 1950 a 1960, como também, seu impacto nas relações entre espaço público e espaço privado. Ainda no tópico inicial, será estudado o Marco Civil da *Internet*, considerado, por alguns autores, como a Constituição Brasileira da *Internet*.

No tópico seguinte, será abordado o conceito e características do *cyberbullying*, tendo em vista ser uma espécie de *bullying* realizado no meio digital. Nesse ponto, será destacado, também, o fato de que o *cyberbullying* é visto como um problema de saúde pública global.

Serão traçados, posteriormente, apontamentos sobre a liberdade, com recorte no direito de liberdade de expressão, dando ênfase às restrições por via dos direitos de personalidade — direito à honra, imagem, privacidade e intimidade — e a possível colisão desses direitos nos casos de *cyberbullying*.

Logo após, serão demonstradas as consequências jurídicas para os casos de *cyberbullying*, sempre no viés constitucional e infraconstitucional.

Foi realizada uma pesquisa com abordagem qualitativa e teórica, mediante a análise descritiva, delimitada por meio de pesquisa científica bibliográfica, da inserção de consultas e estudos de cunho legislativo e doutrinário nacional, atrelados a concomitante observância de livros, artigos, periódicos, revistas científicas, bem como à análise de informações oficiais publicadas na *Internet*.

2. A ORIGEM DA INTERNET E SEU DESENVOLVIMENTO NO BRASIL

Antes de iniciar o estudo acerca do *cyberbullying*, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre a origem da *Internet* e seu desenvolvimento no Brasil.

O surgimento da rede mundial de computadores ocorreu nos Estados Unidos, nos anos 1950 e 1960, por meio da criação de um programa militar denominado de *Advanced Research Projects Agency* (ARPA). Nesse sentido, expõe Manuel Castells:

As origens da Internet podem ser encontradas na Arpanet, uma rede de computadores montada pela *Advanced Research Projects Agency* (ARPA) em setembro de 1969. A ARPA foi formada em 1958 pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos com a missão de mobilizar recursos de pesquisa, particularmente do mundo universitário, com o objetivo de alcançar superioridade tecnológica militar em relação à União Soviética na esteira do lançamento do primeiro Sputnik em 1957.¹

1 CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 13.

Desse modo, percebe-se que a sua criação foi direcionada para as pesquisas e o mundo acadêmico e não ao mercado, como muitos podem imaginar. Nota-se, também, que a *Internet* é algo relativamente recente, mas, dada a velocidade de sua evolução, a impressão é de que já existe há muito mais tempo.

No Brasil, a *Internet* somente foi lançada, oficialmente, em 1989, no programa de desenvolvimento da Rede Nacional de Pesquisa (RNP), de iniciativa do Ministério da Ciência e Tecnologia, com o intuito de criar uma rede de serviços de *Internet* com cobertura em todo o País.²

Ainda no tocante à criação da rede mundial de computadores, deve-se destacar que, apesar de ter sido criada com objetivos científicos, nos anos de 1990³, após a criação da *World Wide Web*⁴, ela já assume um tom mais empresarial e passa a ter uma cobertura mundial. Assim, cumpre ressaltar a observação feita por Manuel Castells⁵ sobre a *World Wide Web*: “O que permitiu à *Internet* abarcar o mundo todo foi o desenvolvimento da *www*.”.

A rede mundial de computadores, no Brasil, passou a ser comercializada, apenas, no mês de abril de 1995, quando houve abertura para o comércio da rede.⁶ Desde então, o número de pessoas com amplo acesso à *Internet* é cada vez maior, alterando-se até mesmo o perfil dos usuários da rede, uma vez que, cada vez mais cedo, crianças e jovens passam a utilizá-la⁷.

O uso comercial da rede mundial de computadores possibilitou o incremento das comunicações entre as pessoas, conforme leciona Manuel Castells: “A *Internet* é um meio de comunicação que permite, pela primeira vez, a comunicação de muitos com muitos, num momento escolhido, em escala global”⁸.

A rede mundial de computadores revolucionou não apenas a comunicação entre as pessoas, mas também as fontes de pesquisa, estudo e entretenimento. Atualmente, as novas tecnologias são mais utilizadas para a diversão e o conhecimento, enquanto poucos ainda recorrem a enciclopédias para pesquisas, o que era bastante comum há alguns anos⁹.

Com efeito, sendo um meio de comunicação de amplo acesso, nota-se que, assim como surgem diversos benefícios, podem aparecer variados problemas também, e um deles é justamente a prática de ofensas à honra de terceiros, muitas vezes, acobertados pela falsa sensação de anonimato.

Nesse sentido, expõe Luiz Antônio Freitas de Almeida: “A “arquitetura do anonimato” da rede ainda hoje

2 LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviço de Internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 12.

3 “Em colaboração com Robert Cailliau, Berners-Lee construiu um programa navegador/editor em dezembro de 1990, e chamou esse sistema de hipertexto de *world wide web*, a rede mundial. O software do navegador da web foi lançado na Net pelo CERN em agosto de 1991.”. (CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003 p. 18)

4 ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas. Violação à honra no mundo virtual: a (ir) responsabilidade civil dos prestadores de serviços da internet por fato de terceiros. In: MIRANDA, Jorge (Org.); RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.); FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 233.

5 CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 17.

6 LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviço de Internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 12.

7 ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas. Violação à honra no mundo virtual: a (ir) responsabilidade civil dos prestadores de serviços da internet por fato de terceiros. In: MIRANDA, Jorge (Org.); RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.); FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 233

8 CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 8.

9 “Em menos de vinte anos de uso comercial, a internet modificou diversos aspectos da convivência humana. O principal deles foi a ampliação do conhecimento e do acesso à cultura. Tomando apenas por base os cinquenta anos anteriores à abertura da internet, as informações difundiam-se pelos livros impressos. As pesquisas escolares eram realizadas em enciclopédias e almanaques, disponíveis, respectivamente, em bibliotecas e bancas de jornais. Na internet, esses materiais logo perderam espaço para as homepages com seus reduzidíssimos custos de divulgação das informações. Pela facilidade do acesso em qualquer hora e lugar, a velocidade da transmissão do conhecimento aumentou quase ao infinito.” (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 30, n. 86, p. 269-285, jan./abr. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000100269> Acesso em: 9 out. 2017).

gera a sensação de segurança, de que a pessoa poderá manifestar-se como quiser e não será identificada¹⁰. Destaca-se o fato de que o anonimato é relativamente falso, porquanto a identidade do agressor pode ser descoberta por de investigações.

Nesse sentido, aduz Eduardo Tomasevicius Filho¹¹:

Essas transformações resultantes do uso livre da internet geram perplexidade nas pessoas, que ainda não sabem ao certo como comportar-se nessa “terceira esfera de ação humana”, equivocadamente denominada de “ciberespaço”. Imaginou-se que a internet deveria ser “terra sem lei”, onde tudo seria permitido pela aparente impossibilidade de descoberta da verdadeira identidade da pessoa.

Assim, infere-se que, em pouco tempo, a *Internet* revolucionou a sociedade e as relações humanas, especialmente no tocante à invasão do espaço privado para o público, uma vez que, cada vez mais, as pessoas expõem suas vidas privadas em espaços públicos, como na *web*.

Desse modo, faz-se interessante explanar, ainda que brevemente, sobre a relação entre espaço público e espaço privado, especialmente o “*ciberespaço*”.

2.1. Esfera pública e esfera privada

Para adentrar na esfera virtual, faz-se necessário compreender, inicialmente, a relação entre o espaço público e o espaço privado, pois as relações humanas devem ser compreendidas a partir dessa interação e de como elas têm se alterado ao longo da história do ocidente.

Na Antiguidade Greco-romana¹², era clara a distinção da esfera pública e da esfera privada, sendo aquela compreendida como a esfera propriamente humana, na qual os homens buscavam ultrapassar sua condição meramente biológica na busca da imortalidade, visto que as ações e palavras se permeiam no espaço, o que possibilita construir a própria identidade do homem, como afirma Hanna Arendt¹³:

Só a existência de uma esfera pública e a subsequente transformação do mundo em uma comunidade de coisas reúne os homens e estabelece uma relação entre eles depende inteiramente da permanência. Se o mundo deve conter um espaço público, não pode ser construído apenas para uma geração e planejado para os que estão vivos: deve transcender a duração da vida de homens mortais.

Já Jürgen Habermas¹⁴ ressalta que a esfera pública é um espaço de debates, em que as argumentações são utilizadas em todas as formas de relacionamentos, das mais simples às mais complexas. A comunicação na esfera pública possui um importante papel na sociedade, possibilitando o diálogo racional entre os indivíduos¹⁵. Contudo, Habermas acrescenta que os modernos meios de comunicação de massa tornam-se um obstáculo a efetivação da esfera pública.

10 ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas. Violação à honra no mundo virtual: a (ir) responsabilidade civil dos prestadores de serviços da internet por fato de terceiros. In: MIRANDA, Jorge (Org.); RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.); FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 233

11 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 30, n. 86, p. 269-285, jan./abr. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000100269> Acesso em: 9 out. 2017

12 ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Direito, intimidade e vida privada*: paradoxos jurídicos e sociais na sociedade pós-moralista e hipermoderna. Curitiba: JURUÁ, 2013.

13 ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 64.

14 Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: TEMPO BRASILEIRO, 2012. p. 93)

15 Os meios de comunicação potencializam a construção de pesos simbólicos que se difundem na esfera pública, dando suporte a diversas pautas da sociedade, nesse seguimento, a esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomada de posição e opiniões. (BARROS, Bruno Mello Correa de; OLIVEIRA, Rafael Santos de. O poder político e a mídia de massa: a perspectiva da fiscalização de concessões e outorgas de radiodifusão no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 368-383, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4625/pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2017)

Dessa forma, a esfera pública é essencial para que haja uma exposição das ideias do ser humano como forma de se autenticar na sociedade, bem como trazer assuntos antes ocultos e possibilitar a interação, pois “nenhuma atividade pode tornar-se excelente se o mundo não proporciona espaço para o seu exercício”¹⁶.

No entanto, não se quer aqui dizer que haveria que desprezar a esfera privada. Ao contrário, ela também passa por alterações fundamentais até a experiência moderna da privacidade. Na Antiguidade Greco-romana, a família¹⁷ corresponde ao espaço privado, esfera das necessidades biológicas, marcada pela desigualdade e violência. Entretanto, a satisfação dessas necessidades vitais da esfera privada era condição para que o cidadão pudesse fazer parte da esfera pública.

Já na Idade Média, ocorreu uma alteração fundamental na distinção entre esfera pública e esfera privada, pois se antes o que prevalecia era o discurso, pautado na publicidade, este foi cedendo à privacidade, que começou a ganhar espaço com a expansão da religião, a qual ressaltou a característica da caridade, enquanto princípio da relação entre os homens, buscando resguardar a vida interior das perturbações da vida pública¹⁸.

Mas, com o surgimento da esfera social, na Modernidade, essa distinção entre esfera pública e privada tornou-se mais tênue, visto que o que era considerado privado passou a ter caráter público e fez surgir a intimidade em contraposição à esfera pública e até mesmo social¹⁹.

Nesse sentido, pode-se falar como um dos fatores do aumento dessa interação, o advento da *Internet* e sua popularização. Assim, entende-se que a rede mundial de computadores modificou, profundamente, as relações entre as esferas públicas e privadas, de tal modo que é possível se falar em uma excessiva invasão da esfera privada na esfera pública. Dessa maneira, salienta-se a lição de Zygmunt Bauman²⁰: “[...] a esfera pública é que se encontra hoje inundada e sobrecarregada, invadida pelos exércitos da *privacidade*”.

Desse modo, infere-se que as pessoas estão, cada vez mais, cedendo, espontaneamente, uma parte de sua vida particular, nas múltiplas redes sociais, por meio das novas tecnologias, e tornando a vida privada cada vez mais pública. Nessa esteira, aponta-se o pensamento de Zygmunt Bauman²¹:

A fragilidade das conexões, a existência de meios instantâneos de desconexão, enfim, a combinação de facilidades para “conectar-se” com a possibilidade de interromper de modo indolor e igualmente instantâneo a situação de “estar conectado” no momento em que nos parecer inconveniente –tudo isso parece adaptar de modo especial à dialética das relações tortuosas entre público e privado.

Sendo assim, pode-se perceber que a invasão da esfera privada na esfera pública acarretará diversos resultados, não apenas na publicidade exacerbada da vida particular de cada ser humano, mas, principalmente, em consequências jurídicas, como a má utilização das redes, por meio da prática de crimes e de atos contra a dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, em meio às inovações trazidas pela *Internet*, surgiu, também, a necessidade de regular as

16 ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 59.

17 Nesse sentido, Hannah Arendt destaca que “a distinção entre esfera de vida privada e uma esfera de vida pública corresponde a existência das esferas da família e da política como entidades diferentes e separadas, pelo menos desde o surgimento da antiga cidade-estado”. (ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 37)

18 ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p.62-64.

19 Nas palavras de Hannah Arendt: “A distinção entre as esferas pública e privada, encarada do ponto de vista da privacidade e não do corpo político, equivale à diferença entre o que deve ser exibido e o que deve ser ocultado. Somente a era moderna, em sua rebelião contra a sociedade, descobriu tão rica e variada pode ser a esfera do oculto nas condições da intimidade; mas é impressionante que, desde os primórdios da história até nosso tempo, o que precisou de ser escondido na privacidade tenha sido sempre a parte corporal da existência humana, tudo o que é ligado à necessidade do próprio processo vital e que, antes, da era moderna, abrangia todas as atividades a serviço da subsistência do indivíduo e da sobrevivência da espécie. (ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 82).

20 BAUMAN, Zygmunt. *44 cartas do mundo líquido moderno*. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 41.

21 BAUMAN, Zygmunt. *44 cartas do mundo líquido moderno*. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 46.

interações do mundo virtual, sendo promulgada, no Brasil, em 2014, a Lei 12.965, também conhecida como o “Marco Civil da *Internet*”.

2.2. O Marco Civil da Internet

A Lei 12.965, de 2014, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da rede mundial de computadores no Brasil²². Essa lei, também conhecida como Lei do Marco Civil da Internet, foi originada, em 1999²³, em decorrência dos problemas surgidos pelo uso desregrado da rede mundial de computadores²⁴. Salienta-se o fato de que alguns autores, como Marcelo Thompson²⁵, Arthur Coelho Bezerra e Igor Waltz²⁶, a consideram como uma Constituição da *Internet*.

Nesse sentido, Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos e Marilene Araujo²⁷ sintetizam: “O Marco Civil da Internet brasileiro realiza uma regulamentação de uma vida *on-line* conectada com o mundo *off-line*.”.

A importância da criação do Marco Civil da *Internet* é tamanha, uma vez que a sociedade atual está cada vez mais adepta às novas tecnologias e elas afetam o cotidiano das pessoas e, conseqüentemente, o mundo jurídico. Nesse sentido, destaca-se o pensamento de Antonio-Enrique Pérez Luño²⁸:

Nos últimos anos, a incidência das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) e das Novas Tecnologias (NT) aumentou significativamente nos setores jurídicos e políticos. Isso convida a abordar a repercussão dessas tecnologias no alcance e no exercício dos Direitos Humanos. (tradução nossa)

Desse modo, percebe-se que a criação de uma lei que regulamentasse a *Internet* era essencial, não só no Brasil, mas também no mundo inteiro, porém, se deve ressaltar o fato de que cada país é responsável por sua legislação, inexistindo uma lei mundial sobre esse tema²⁹.

22 “A Lei n.12.965, de 23 de abril de 2014, promulgou o denominado Marco Civil da Internet, com o intuito de estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para os usuários de internet no Brasil.”. (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 30, n. 86, p. 269-285, jan./abr. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000100269> Acesso em: 9 out. 2017).

23 “A origem do Marco Civil da Internet remonta a 1999, quando o então deputado federal Luiz Piauhyllino (PSDB-PE) apresentou o Projeto de Lei nº 84/1999, que se propunha a dispor sobre os crimes cometidos na área da informática e suas penalidades.”. (FURTADO, Gabriel Rocha. O Marco Civil da Internet: a construção da cidadania virtual. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 242-243.

24 “[...] a ideia do Marco Civil da Internet surgiu com o propósito de determinar de forma clara direitos e responsabilidades relativas à utilização dos meios digitais, em contraponto à tendência de regulamentar o uso da Internet de forma fragmentada, pontual, casualista. (DEL BIANCO, Nelia Rodrigues; BARBOSA, Marcelo Mendes. O marco civil da internet e a neutralidade de rede: dilemas, debates e impasses relacionados a esse princípio na tramitação do projeto de lei. *Revista Eptic Online*, v. 17, n. 1, p. 15, jan./abr. 2015).

25 “[...] pode-se dizer que o Marco Civil é uma carta fundamental, uma Constituição, mesmo, para a internet brasileira. (THOMPSON, Marcelo. Marco civil ou demarcação de direitos? Democracia, razoabilidade e as fendas na internet do Brasil. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 261, p. 203-251, set./dez. 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8856/7678>>. Acesso em: 12 out. 2017).

26 “[...] o Brasil aprovou em abril de 2014 o Marco Civil da Internet, a constituição do país para o setor, que estabelece direitos, deveres e garantias dos usuários.”. (BEZERRA, Arthur Coelho; WALTZ, Igor. Privacidade, neutralidade e inimizabilidade da internet no Brasil: avanços e deficiências no projeto do marco civil. *Revista Eptic Online*, v. 16, n. 2, p.157-171, maio/ago. 2014. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34909678/2276-6228-1-PB.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1507995087&Signature=BR2kJhIQm%2BHN5bd5li%2BcMdrHiE%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DPRIVACIDADE_NEUTRALIDADE_E_INIMIZABILIDADE.pdf>. Acesso em: 12 out 2017)

27 SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos; ARAÚJO, Marilene. O tempo e o espaço. Fragmentos do marco civil da internet: paradigmas de proteção da dignidade humana. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

28 “En los últimos años se ha ampliado decisivamente la incidencia de las TIC y las NT em amplios sectores de la experiencia jurídica y política. Ello invita a plantear también su repercusión en el alcance y ejercicio de los derechos humanos.”. (LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Teledemocracia, cibercidadanía y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 11, 2014)

29 “Como representa um conjunto global de redes de computador interconectadas, não existe nenhum governo, organismo internacional ou entidade que exerça controle ou domínio absoluto sobre a Internet. A regulamentação da rede é efetuada dentro de cada país, que é livre para estabelecer regras de utilização, hipóteses de responsabilidade e requisitos para acesso, atingindo apenas os usuários sujeitos à soberania daquele Estado.” (LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviço de Internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 1)

No tocante à liberdade de expressão, foco do artigo, cumpre esclarecer que o legislador brasileiro, ao elaborar o Marco Civil da *Internet*, preocupou-se em garantir que não fosse criado nenhum tipo de censura, de tal modo que, no *caput* do art. 2º, tem-se de modo claro que um dos fundamentos do uso da rede mundial de computadores no Brasil é a liberdade de expressão. Nesse sentido, destaca-se a lição de Chiara Spadaccini de Tefé e de Maria Celina Bodin de Moraes³⁰:

A liberdade de expressão, considerada como liberdade de externar ideias, juízos de valor e as mais variadas manifestações do pensamento, além de já ser amplamente protegida pelo constituinte, apresenta no MCI tutela destacada, sendo considerada um fundamento e um princípio para a disciplina do uso da internet no Brasil e condição para o pleno exercício do direito de acesso.

Assim, percebe-se, claramente, que a liberdade de expressão assumiu papel de destaque na referida lei. Apesar, no entanto, de ter sido uma lei bastante esperada e festejada até hoje, o Marco Civil da *Internet*, na visão de Eduardo Tomasevicius Filho, não trouxe mudanças significativas para o Direito brasileiro³¹.

3. O BULLYING NA ERA DIGITAL: CYBERBULLYING

Após o breve estudo acerca da *Internet*, faz-se necessária a análise do *cyberbullying*, ressaltando seus principais aspectos. Desse modo, inicialmente, aponta-se que o *cyberbullying* é uma espécie de *bullying*.

De tal modo, impõe-se necessário compreender, em primeiro lugar, o que significa o termo *bullying*, para, posteriormente, ser melhor entendido o que é o *cyberbullying*, afinal. O termo *bullying* é de origem inglesa^{32,33}, adotado universalmente³⁴, o qual já foi definido de variadas maneiras em todo mundo. No Brasil, o modo mais ordinário de conceituar o termo é como um sinônimo de intimidação³⁵.

Cumpre salientar, entretanto, que a definição de *bullying* é bem mais complexa do que uma mera tentativa de tradução do termo em si. Dessa maneira, expõe-se a visão acerca do tema por Alessandro Constantini³⁶:

[...] o bullying não são brigas normais que ocorrem entre estudantes, mas verdadeiros atos de intimidação preconcebidos, ameaças que, sistematicamente, com violência, física e psicológica, são repetidamente impostos a indivíduos particularmente mais vulneráveis e incapazes de se defenderem, o que leva a uma condição de sujeição, sofrimento psicológico, isolamento e marginalização.

30 TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 113, jan./abr. 2017.

31 “Embora o Marco Civil da Internet tenha sido bastante festejado por ser a primeira lei do mundo a disciplinar os direitos e deveres dos usuários da rede, não se perceberão mudanças substanciais, uma vez que esta não acrescentou praticamente nada à legislação vigente. A expectativa criada com a discussão dessa lei deu-se pela crença errônea de que as normas contidas na Constituição Federal, no Código Civil, no Código Penal, nos Códigos de Processo Civil e Penal, no Código de Defesa do Consumidor, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na lei sobre interceptação de comunicações (Lei n.9.296/96) não teriam aplicação nas relações jurídicas estabelecidas na internet.” (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 30, n. 86, p. 269-285, jan./abr. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000100269> Acesso em: 9 out. 2017)

32 O *bullying*, palavra de origem inglesa, é caracterizado como um comportamento consciente, intencional, deliberado, hostil e sistemático, de uma ou mais pessoas, cuja intenção é ferir os outros. (SOUZA, Sidclay Bezerra; SIMÃO, Ana Margarida Veiga; CAETANO, Ana Paula. Cyberbullying: percepções acerca do fenômeno e das estratégias de enfrentamento. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, Porto Alegre, v. 27, n. 3, p. 582-590, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722014000300582&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 out. 2017)

33 *Bullying* é uma palavra inglesa que foi adotada em outros países que se refere à intimidação. (SANTOS, Andréia Mendes dos; GROSSI, Patrícia Krieger. Fenômeno Bullying: desvendando esta violência nas escolas públicas de Porto Alegre. *Revista Textos & Contextos*, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 287, jul./dez. 2008)

34 “A adoção universal do termo bullying foi decorrente da dificuldade em traduzi-lo para diversas línguas.” (LOPES NETO, Aramis A. Bullying: comportamento agressivo entre estudantes. *Jornal de Pediatria*, Rio de Janeiro, v. 81, n. 5, p. s165, 2005)

35 “Na literatura internacional o termo *bullying*, já foi identificado de diversas maneiras. No Brasil, o termo mais utilizado foi intimidação. (ROCHA, Telma Brito. *Cyberbullying: ódio, violência virtual e profissão docente*. Brasília: LIBER LIVRO, 2012. p. 63)

36 COSTANTINI, Alessandro. *Bullying, como combatê-lo: prevenir e enfrentar a violência entre jovens*. Tradução de Eugênio Vinci de Moraes. São Paulo: Itália Nova Editora, 2004. p. 69

Corroborando esse entendimento, expõe-se a definição de bullying, de acordo com Cléo Fante³⁷: “Por definição universal, bullying é um conjunto de atitudes agressivas intencionais e repetitivas que ocorrem sem motivação evidente, adotado por um ou mais alunos contra outro (s), causando dor, angústia e sofrimento.”.

Desse modo, pode-se dizer que o *bullying* não se refere a um ato isolado, mas sim a variadas ações feitas contra a mesma pessoa ou grupo de pessoas e que causam dor e sofrimento às vítimas.

Com efeito, nota-se que o fenômeno do *bullying* está associado a atitudes agressivas feitas, repetidamente, por alunos. Cumpre destacar, no entanto, que o *bullying*, apesar de ser bastante comum em escolas, também pode ocorrer em outros ambientes, como no trabalho e também no *locus* virtual, por exemplo.

O *bullying* ocorrido no ambiente virtual é chamado de *cyberbullying*, espécie do *bullying* feito por meio de tecnologias. Nesse sentido, aduz Kimberly L. Mason³⁸: “O *cyberbullying* é definido como uma pessoa ou um grupo de pessoas utilizando intencionalmente informações e comunicações por meios eletrônicos para facilitar o assédio deliberado e repetido contra determinado indivíduo ou grupo de indivíduos.”. (tradução nossa).

Nessa esteira, a autora ressalta, ainda, que o *cyberbullying*, assim como as outras modalidades de *bullying*, centra-se na ação repetida do agressor contra a vítima que é percebida como a parte mais fraca da relação³⁹. Desse modo, tem-se que a maior diferença entre o *bullying* e o *cyberbullying* reside no fato de que este é feito mediante a utilização das novas tecnologias.

Assim, cumpre ressaltar o conceito de *cyberbullying* expresso na Lei 13.185 de 2015⁴⁰, a qual instituiu o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*bullying*). No tocante à essa Lei, ressalta-se o fato de que ela pouco inovou, tendo em vista que, apenas, conceitua a intimidação sistemática e prevê diretrizes do programa de combate ao *bullying* e ao *cyberbullying*, sem, no entanto, estipular quaisquer consequências jurídicas aos autores das práticas condenadas.

Além disso, deve-se ressaltar que o *bullying*, assim como o *cyberbullying*, deve ser visto como um problema de saúde pública global, uma vez que atinge crianças, adolescentes e adultos, no mundo inteiro, tendo, muitas vezes, consequências negativas para vítimas, podendo, inclusive, levar ao suicídio, conforme exposto por Jennifer P. D’Auria⁴¹.

Assim, percebe-se a importância do assunto e como a liberdade de expressão deve ser limitada em face do direito à honra e à intimidade que, muitas vezes, são violados em decorrência do *bullying* e, especialmente, do *cyberbullying*.

4. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade é uma das características mais aspiradas pelas pessoas, principalmente nos Estados Democráticos, pois representa a mais pura manifestação de seus desejos, vontades e pensamentos, sem um fator

37 FANTE, Cléo. *Fenômeno Bullying: como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz*. 2. ed. Campinas, SP: Verus, 2005. p. 28.

38 *Cyberbullying is defined as an individual or a group willfully using information and communication involving electronic technologies to facilitate deliberate and repeated harassment or threat of another individual or group by sending or posting cruel text and/or graphics using technological means.* (MASON, K. L. *Cyberbullying: A Preliminary Assessment for School Personnel. Psychology in the Schools*, v. 45, n. 4. p. 323, 2008)

39 *Cyberbullying, like other forms of bullying, is centered on the systematic abuse of power and control over another individual that is perceived to be vulnerable and weaker.* (MASON, K. L. *Cyberbullying: A Preliminary Assessment for School Personnel. Psychology in the Schools*, v. 45, n. 4. p. 323, 2008)

40 Art. 2º, Parágrafo único, Lei 13.185 de 2015: “Há intimidação sistemática na rede mundial de computadores (*cyberbullying*), quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial.”

41 *Cyberbullying is a global public health challenge with the potential to disrupt or destroy the lives of children, adolescents, and their families. It may have negative consequences, especially for the victim, ranging from school absences to depression to suicide.* (D’AURIA, Jennifer. *Cyberbullying Resources for Youth and Their Families. Journal of Pediatric Health Care*, v. 28, n. 2, p. e19, 2014)

limitador para as suas efetivações. Como conceituar o termo liberdade?

O conceito jurídico de liberdade consiste na “[...] faculdade de se fazer ou não fazer o que se quer, de pensar como se entende, de ir e vir a qualquer atividade, tudo conforme a livre determinação da pessoa, quando haja regra proibitiva para a prática do ato ou não se institua princípio restritivo ao exercício da atividade”⁴².

Assim, a liberdade é utilizada como fundamento de ir vir e vir, opinião, pensamento, dentre outros. A liberdade de expressão é o que importará para este trabalho, o qual “[...] destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano”⁴³, sendo baluarte das manifestações nas redes de computadores, especificamente, nas redes sociais.

As normas internacionais, como a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, também tratam de sua definição, ao assinalar que: “Todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão. Esse direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras.”⁴⁴

Sendo estabelecida ao longo da história, a liberdade de expressão foi reconhecida como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro, chegando a ser disciplinada em vários artigos e incisos da Constituição Federal de 1988, com o escopo de impedir a licença ou qualquer forma de censura⁴⁵.

Acerca da liberdade de expressão, Fernando Büscher von Teschenhausen Eberlin⁴⁶ assinala:

Sobre a liberdade de expressão, o art. 5º, IV da Constituição Federal (CF) estabelece o direito à livre manifestação do pensamento e o art. 220 da Carta Magna reforça a liberdade de informação, vedando, expressamente, a existência de dispositivos que possam constituir embaraço à liberdade de expressão jornalística ou, ainda, censura de natureza política, ideológica ou artística.

Nesse sentido, Luis Roberto Barroso⁴⁷ leciona que seu caráter individual proporciona um interesse de propagar as ideias, sendo uma forma de desenvolvimento da personalidade, podendo desenvolver uma “dimensão coletiva, sobretudo quando se esteja diante de um meio de comunicação social ou de massa”.

É com base nessa comunicação em massa que surge a *web*, um vetor essencial para troca de informações, ideias e constituição de movimentos sociais, em curto espaço de tempo, cujas informações e comentários possuem viabilidade mundial, trazendo impacto imediato e uma perduração no tempo.

Como já destacado, a própria Lei 12.965 de 2014, Lei do Marco Civil da *Internet*, reconhece a liberdade de expressão como princípio, o que demonstra a importância de sua defesa em face do Estado e do indivíduo.

A utilização desse meio, no entanto, também, pode gerar riscos, pois, com o avanço das informações, dos dados e o amplo alcance, a pessoa poderá utilizá-la para propagar suas ideias de maneira ofensiva, o fazendo

42 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 490.

43 BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação: interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 18, jan. 2004. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026> > Acesso em: 9 out. 2017.

44 CARTA de Direitos Fundamentais da União Europeia, artigo 11º. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 9 out. 2017.

45 No Direito estrangeiro, conforme destaca Edilson Pereira de Farias, “A Inglaterra foi o primeiro país a travar a luta em prol da liberdade de expressão do pensamento e opinião, especialmente quando o parlamento, em 1695, resolveu não reiterar o *licensing Act*, que estabelecia a censura prévia. Os Estados Unidos e a França destacam-se, também, no pioneirismo em reconhecer a liberdade de manifestação do pensamento e da opinião.[...]” (FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 160.

46 EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel de provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

47 BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação: interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 19, jan. 2004. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026> >. Acesso em: 9 out. 2017.

muitas vezes em nome da liberdade de expressão⁴⁸. Nesse viés, destaca Anderson Schreiber: “Os extraordinários benefícios trazidos por essa genuína “revolução” talvez somente sejam comparáveis, em magnitude, aos riscos que derivam de todo esse novo instrumental tecnológico e da exploração ainda incontrollável dessas novas fronteiras”⁴⁹.

O simples fato de o homem possuir direito de pensamento e tentar externá-lo não o autoriza a fazer da maneira que venha a agredir direito de terceiro, ou seja, utilizando-se de palavras injuriosas e preconceituosas, tendo em vista que a liberdade de expressão não é absoluta, pois, qualquer que seja a liberdade, enseja uma responsabilidade, e deverá respeitar o sistema do ordenamento jurídico⁵⁰.

Extraí-se daí a ideia de que, com as modificações tecnológicas e as diversas redes sociais, como *facebook*, *instagram*, *twitter* e outros, são notórias as mudanças de comportamentos, mediante postagens, ocorridas por um mesmo internauta no decorrer do dia, numa sensação de liberdade, sem barreiras e controle, utilizando-se de excesso de mensagens, repetitivas vezes, o que resulta, não raro, no *cyberbullying*, para causar lesão aos direitos de personalidade, como o direito à honra, à imagem e à vida privada.

4.1. Restrições à Liberdade de Expressão

Nesse ínterim, a liberdade de expressão está diretamente ligada ao sistema democrático, o qual garante opinião livre, resguardada pela Constituição Federal, constituindo-se como direito fundamental de cada cidadão.

Pelo fato, contudo, de tal direito não ser absoluto, conclui-se que é objeto de limitações, porém, os critérios são difíceis de estabelecer, recorrendo, muitas vezes, as interpretações dos julgadores e deixando ao seu crivo para estabelecer esses limites, respaldados na Constituição Federal e normas infraconstitucionais.

Instrumentos internacionais, também, cuidam da liberdade de expressão, como está expresso na Declaração dos Direitos do Homem; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ao ressaltar que essa liberdade não é absoluta, pois implica deveres, o que pode ser submetido às restrições sob diversos aspectos⁵¹.

No entanto, segundo Ronald Dworkin, Direito e Moral estão interligados pelos princípios, sendo essa expressão da justiça, equidade e moral, compreendendo a liberdade de expressão como “um elemento da

48 Pode-se citar o que acontece nos Estados Unidos, onde se permitem manifestações ofensivas em nome da liberdade de expressão, vejamos: “Em resumo, nos Estados Unidos entende-se que as manifestações de ódio e intolerância contra minorias são protegidas pela liberdade de expressão, mas esta posição abraçada pela Suprema Corte está longe de ser consensual na academia e na sociedade. E as consequências práticas desse posicionamento não se circunscrevem ao território norte-americano. A ampla proteção ao *hate speech* nos Estados Unidos tornou o país a sede da maior parte dos sites racistas existentes do mundo, que, no espaço sem fronteiras da Internet, alimentam o preconceito e a intolerância contra minorias em todo o planeta”. SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*. 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: 9 out. 2017.

49 SCHREIBER, Anderson. Direito e Mídia. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 12.

50 Cabe destacar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos consagrou a tese de que a liberdade de informação — e de expressão — não autoriza apenas a divulgação de informação inócua ou indiferente, ou mesmo agradável em relação ao personagem do fato, mas também a informação que ofende ou moleste (CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 91).

51 Assim, à guisa de exemplificação, trata o artigo 10º da Convenção Europeia dos Direitos dos Homens: “O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial”. (CONVENÇÃO Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 9 out. 2017.

justiça democrática”;⁵² na qual “o governo não deve restringir a liberdade, partindo do pressuposto de que a concepção de um cidadão sobre a forma de vida mais adequada para um grupo é mais nobre ou superior do que de outro cidadão”⁵³.

Para John Rawls⁵⁴, o indivíduo somente contém liberdade quando esta se encontra protegida de certas restrições ou interferência de terceiros, destacando que uma liberdade fundamental “só pode ser limitada em nome da própria liberdade, isto é, só para garantir que essa mesma liberdade, ou outra liberdade fundamental, estará devidamente protegida e para ajustar da melhor maneira o sistema único de liberdade”.

Referido direito, contudo, não pode ser interpretado isoladamente, pois há de considerar todo ordenamento jurídico, em uma ordem sistemática, iniciando pela Constituição, que traz, no parágrafo primeiro do artigo 220, a vinculação da liberdade de expressão a outros direitos fundamentais, a inviolabilidade do direito à honra, imagem e intimidade da vida privada.

Nesse sentido, destaca Ana Laura Ossola a ideia de que o direito à liberdade de expressão é alvo de limitações, tanto para salvaguardar direitos individuais, como sociais, e, no aspecto do âmbito privado, deve-se respeitar os direitos à honra, intimidade e privacidade⁵⁵.

Essas limitações possuem grande importância, principalmente ante a globalização e as tecnologias, em que são utilizadas as ferramentas das redes sociais para se praticar atos atentatórios aos direitos individuais, vindo a causar consequências nefastas na vida do ofendido.

Os casos que, em nome da liberdade de expressão, se utilizaram da internet para expressar suas opiniões e as consequências para a vítima foram as mais graves possíveis, pode-se mencionar o caso da canadense Rehtaeh Parsons de 17 anos, que sofria de *cyberbullying*, por ter sido vítima de exposição de imagens íntimas nas redes sociais, decorrentes do abuso sexual sofrido, e, não suportando os xingamentos na escola, cometeu suicídio por enforcamento⁵⁶.

Outro caso foi da estadunidense Megan Taylor Meier, a qual também fora vítima de *cyberbullying*, por meio de um perfil falso de um adolescente, utilizado para humilhá-la. A verdadeira responsável pelas ofensas era a mãe da ex-amiga de Taylor, a qual foi presa. Taylor cometeu suicídio por enforcamento aos 13 anos⁵⁷.

Na Flórida, houve o caso da adolescente Rebecca Ann Sedwick, 12 anos, que cometeu o autócídio após diversos ataques de *cyberbullying* ocasionados por várias garotas, após a adolescente assumir um relacionamento com um garoto da escola. Ela pulou da plataforma de uma fábrica de cimento abandonada perto de casa⁵⁸.

O Brasil não está isento, infelizmente, dessas atitudes, ocorrendo alguns casos da mesma envergadura, como o de duas jovens de 16 e 17 anos, das cidades de Parnaíba e Veranópolis, respectivamente, as quais cometeram suicídio em decorrência de humilhação e vergonha a que foram submetidas, em virtude da exi-

52 DWORKIN, Ronald. *O direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 264

53 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 419.

54 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 248-250.

55 “Sobre esa base, podemos aplicar tales informaciones también al caso del derecho a la libre expresión, donde como consecuencia lógica su uso sufre limitaciones no solo em miras a la protección de intereses individuales, sino también sociales [...]”

*En cuanto al ámbito puramente privado, claro está que el límite infranqueable al derecho a expresarse libremente lo constituye el respeto por la intimidad, la privacidad y el honor ajeno” [...] (OSSOLA, Ana Laura. Libertad de expresión: declaraciones, derechos y garantías-deberes y derechos individuales. In: MIRANDA, Jorge (Org.); RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.); FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Derechos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 204.*

56 IEFAP. 10 casos de bullying que tiveram consequências graves. 2015. Disponível em: <<http://www.iefap.com.br/noticia/10-casos-de-bullying-que-tiveram-consequencias-graves>> Acesso em: 9 out. 2017.

57 IEFAP. 10 casos de bullying que tiveram consequências graves. 2015. Disponível em: <<http://www.iefap.com.br/noticia/10-casos-de-bullying-que-tiveram-consequencias-graves>> Acesso em: 9 out. 2017.

58 IEFAP. 10 casos de bullying que tiveram consequências graves. 2015. Disponível em: <<http://www.iefap.com.br/noticia/10-casos-de-bullying-que-tiveram-consequencias-graves>> Acesso em: 9 out. 2017.

bição de suas fotos íntimas circulando na internet, especialmente nas redes sociais⁵⁹.

Nota-se que essas limitações se fazem necessárias para a regulamentação da vida em sociedade, mas que podem ensejar conflitos quando são postos, de um lado, o direito à livre expressão e, do outro, os direitos à honra, imagem, privacidade e intimidade. É o que será tratado a seguir.

4.2. Colisão de direitos: direitos da personalidade e liberdade de expressão

Com a nova onda das redes sociais e a exposição da vida da pessoa humana, pressupõe que esta cedeu aos seus direitos de privacidade, imagem, ocasionando uma larga abertura para lesionar tais direitos⁶⁰.

Procede dessa visão a ocorrência de colisões do direito à liberdade de expressão com os direitos da personalidade, por se tratar de um âmbito fechado e protegido por quaisquer interferências externas, sob o manto do direito da livre opinião e divulgação de fatos.

Edgar Taborda Lopes⁶¹ dirige-se à matéria da colisão sobre três fatores. O primeiro deles é o sistema americano, que proíbe o todos os poderes a limitação da liberdade de expressão, com exceção quando se trata da má-fé nas divulgações por parte da imprensa. O segundo é o regime CEDH, em que já se estabelece a prevalência da liberdade de expressão, pois não coloca tais direitos no plano da igualdade; já o terceiro regime é considerado o tradicional, pois sempre há prevalência do direito à honra em face da liberdade de expressão.

No ordenamento brasileiro, não há uma solução taxativa para essa colisão, mas busca métodos de concordâncias práticas, para melhor aplicação harmônica dos preceitos constitucionais, pois os direitos a vida, honra, privacidade e livre manifestação de pensamento encontram limites uns nos outros, pois não se anulam, mas se complementam.

Para solucionar o conflito, é necessário analisar as circunstâncias fáticas e os elementos envolvidos, buscando o âmbito de proteção de cada direito, de um lado, o direito fundamental à livre expressão e, do outro, os direitos da personalidade, ambos conectados com a dignidade da pessoa humana.

Para alguns autores, como Edilson Pereira de Farias⁶², em uma colisão de princípios, esta deve ser solucionada, “[...] levando-se em conta o peso e a importância de cada um dos princípios concorrentes, a fim de se escolher no caso concreto qual deles prevalecerá ou cederá ao outro, conforme a lei de colisão⁶³”.

Nesse ínterim, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “[...] cabe ao Poder judiciário ponderar os elementos da responsabilidade civil dos indivíduos, nos casos de manifestações de pensamento na internet, em conjunto com o princípio constitucional de liberdade de expressão (art. 220, § 2º, da Constituição Federal)⁶⁴”.

59 PORTELA, Garça. *Cyberbullying e casos de suicídio aumentam entre jovens*. 2014. Disponível em: <<https://agencia.fiocruz.br/cyberbullying-e-casos-de-suic%C3%ADdio-aumentam-entre-jovens>> Acesso em: 09 out 2017.

60 Nesse sentido, acentua Antonio Baptista Gonçalves: “As pessoas não compreendem que a rede social não é composta apenas de pessoas de bem interessadas em suas futilidades e trivialidades. Não também integram essas redes pessoas invejosas, pervertidas, cínicas, que se aproveitam da fragilidade alheia para obter prazer pessoal e como a intimidade e a vida privada do outro estão expostas fica fácil atingir sua honra e imagem”. (GONÇALVES, Antônio Baptista. *Intimidade, vida privada, honra e imagem ante as redes sociais e a relação com a internet: limites constitucionais e processuais*. *Revista de Direito Privado*, ano 12, v. 48, p. 333, out./dez. 2010.

61 LOPES, Edgar Taborda. *Liberdade de expressão e tutela da honra: que limites?* *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa: Coimbra Editora, n. 1/2, p. 202, 2014.

62 FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 171.

63 Alexy explica que a lei do sopesamento é aplicada considerando a importância dos princípios: “Segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro. Na própria definição do conceito de princípio, com a cláusula “dentro das possibilidades jurídicas”, aquilo que é exigido por um princípio foi inserido em uma relação com aquilo que é exigido pelo princípio colidente. Ela faz com que fique claro que o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e que só é possível falar em pesos relativos”. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 167-168).

64 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº. 1568935, de 5 de abril de 2017*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas

A ministra Nancy Andrichi, ressalta, no Resp nº 1650725, que “[...] os usuários são responsáveis principais e imediatos pelas as consequências da livre manifestação de seu pensamento, a qual, por não ser ilimitada, sujeita-lhes à possibilidade de serem condenados por abusos que venham a praticar em relação a terceiros⁶⁵”.

Os tribunais de justiça brasileiros também decidem pela responsabilização dos autores pelos abusos cometidos na *internet* frente a terceiros, como ocorreu no julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul, que condenou a ré a uma reparação pela criação de uma “comunidade virtual” no Orkut, onde veiculou mensagens ofensivas e humilhantes à autora.

Nesse caso, a demandada argumentou sua atitude na premissa da liberdade, que não fora acolhida pelo Tribunal sob o argumento de que “A liberdade de expressão e de exteriorização do pensamento não é absoluta [...]. Mesmo nos espaços públicos virtuais da internet há limites impostos pela idéia de bom senso e razoabilidade⁶⁶”.

Assim, percebe-se que, nos casos de *cyberbullying*, os direitos da personalidade lesionados possuem certa preponderância em relação aos demais direitos constantes na Carta Política, desde a caracterização da ofensa. Nesse aspecto, é necessário compreender as consequências jurídicas dos atos cometidos com violação a tais direitos.

5. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS PARA O CYBERBULLYING

A legislação brasileira cuida de acompanhar os efeitos dessas novas tecnologias que se modernizam a todo momento, principalmente, no que concerne ao uso da *internet*, elaborando leis, Marco Civil da *Internet* e Lei Carolina Dieckmann (Lei 12.737/2012), que buscam amenizar os efeitos ocasionados pelo mau uso de tal instrumento.

A Lei Carolina Dieckmann (Lei 12.737/2012) trouxe grande inovação ao tipificar os delitos de invasão de dispositivos alheios conectados ou não à *internet*, acrescentando os artigos 154-A e 154-B ao Código Penal. Considerou agravantes os casos de comercialização do conteúdo fruto da invasão, ou até que gere algum dano econômico à vítima.

Já o Marco Civil, Lei nº 12.965/14, é bem claro, ao estabelecer proteção à inviolabilidade da vida privada, intimidade e de comunicação, autorizando a vítima o poder de solicitar aos servidores que retirem conteúdo que ferem os referidos direitos, sem a necessidade de autorização judicial.

Com efeito, a liberdade de expor suas ideias por comentários ofensivos pode introduzir consequências jurídicas, criminal e cível, possibilitando o agressor responder por crimes de injúria, difamação ou calúnia, todos previstos no Código Penal, além das indenizações morais e materiais, na busca da melhor reparação à vítima, sob os pressupostos da responsabilidade civil.

Assim, o direito à honra, assim como o direito à imagem e privacidade, são direitos de personalidade⁶⁷, ou seja, são direitos inatos à pessoa humana, cabendo ao Estado protegê-los de qualquer agressão por que

Cueva. Terceira Turma. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 9 out. 2017.

65 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1650725, de 18 de julho de 2017*. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Terceira Turma. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 9 out. 2017.

66 BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível n. 70042636613, de 27 de maio de 2015*. Relator: Miguel Ângelo da Silva Nona Câmara Cível. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 9 out. 2017.

67 Ao tratar da distinção de direitos fundamentais e direitos da personalidade, Maurício Mazur assinala em conclusão que: “[...] os direitos da personalidade podem ser classificados como direitos fundamentais pela via seletiva da fundamentalidade material aferida caso a caso ou pela via universal que corresponde os direitos de personalidade aos direitos fundamentais por irradiação direta da dignidade humana”. (MAZUR, Maurício. Dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.); RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.); FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 63.

venha a passar, por serem questões de ordem pessoal, consoante fundamenta Carlos Alberto Bittar:

Esses direitos — muitos dos quais não configuram ou não são suscetíveis de configurar “liberdades públicas” — existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, considerado em si e em suas manifestações. Quando ganham a Constituição, passando para a categoria de liberdades públicas, recebem todo o sistema de proteção próprio⁶⁸.

Nota-se que, mesmo com esses aspectos, ainda é considerável o número de crimes cometidos por meio da rede mundial de computadores. Em pesquisa realizada pela Safernet, organização não governamental que trabalha no enfrentamento de crimes e violações aos direitos humanos na *Internet*, “[...] em 11 anos, recebeu e processou 3.861.707 denúncias anônimas, envolvendo 668.288 páginas (URLS) distintas escritas em 9 idiomas e hospedadas em 86.143 hosts diferentes, conectados à internet através de 50.405 números IPS distintos”⁶⁹.

Destaca-se, ainda, que não somente a legislação brasileira possui a preocupação com os *cybercrimes*. Há Tratado Internacional de Crimes na *Internet*, com o objetivo de os signatários tomarem providências locais, com medidas legislativas, bem como outras para a repressão e prevenção aos delitos e ofensas praticados no sítio. São signatários os de países membros do Conselho Europeu: Albânia, Andorra, Armênia, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Bósnia, Bulgária, Croácia, Ilha de Chipre, República Checa, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Geórgia, Alemanha, Grécia, Hungria, Islândia, Islanda, Itália, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Mônaco, Montenegro, Países Baixos, Noruega, Polônia, Portugal, República da Moldávia, Romênia, San Marino, Sérvia, Eslovênia, Espanha, Suécia, Suíça, Peru, Ucrânia e Reino Unido; De países não membros do Conselho Europeu, são: Austrália, Canadá, Chile, Costa Rica, República Dominicana, Israel, Japão, Ilhas Maurício, Panamá, Senegal, Sri Lanka, Tonga, África do Sul e dos Estados Unidos⁷⁰.

Uma das questões mais tortuosas, conforme já mencionado, diz respeito ao anonimato, pois é utilizado como uma forma de proteger não apenas a privacidade, mas também a liberdade de expressão, como ressalta Diane Rowland⁷¹:

Muitos dissidentes em regimes opressivos descobriram que eles só podem expressar seus pontos de vista com segurança atrás do escudo do anonimato. Mesmo dentro de uma democracia eleita, aqueles que abraçar opiniões impopulares com a maioria, ou mesmo uma minoria poderosa, pode preferir abrigo atrás do anonimato quer para evitar represálias ou simplesmente para garantir que as vistas expressados não são prejudicados com base na identidade do orador. (tradução nossa)

É por meio dos perfis falsos que muitos se escondem para praticar *Cyberbullying*, e a dificuldade reside no tempo para que as mensagens publicadas possam ser retiradas da *web*, causando danos imensuráveis à vítima, já que em segundos todos na rede já possuem acesso a referidas informações.

Nesse viés, afirmam Javier Belda Iniesta e Francisco José Arenda Serna que “A velocidade, o anonimato e a facilidade proporcionados pelas novas tecnologias se traduz em novas formas de criminalidade, como a disseminação de softwares nocivos e nas atividades tradicionais, como fraudes comerciais”⁷² (Tradução nossa).

68 BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 8

69 SAFERNET. Disponível em: <<http://indicadores.safernet.org.br/>>. Acesso em: 9 out. 2017.

70 CONVENÇÃO sobre *Cybercrime*. 2017. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures>>. Acesso em: 9 out. 2017.

71 *Many dissidents in oppressive regimes have found that they can only express their views safely behind the shield of anonymity. Even within an elected democracy, those who espouse views unpopular with the majority, or even a powerful minority, may prefer to shelter behind anonymity either to avoid reprisals or merely to ensure that the views expressed are not prejudged on the basis of the identity of the speaker.* (ROWLAND, Diane. Privacy, Freedom of Expression and CyberSLAPs: Fostering Anonymity on the Internet? *International Review of Law Computers Carfax Publishing & Technology*, v. 17, n. 3, p. 304, nov. 2003).

72 *Al celeridade, el anonimato y la facilidad que proporcionan las nuevas tecnologías se traduce em nuevas formas de delinquir como la difusión de programas informáticos nocivos, y en las actividades denominadas tradicionales como las estafas comerciales* (INIESTA, Javier Belda; SERNA, Francisco José Arenda. El Paradigma de la identidad: Hacia una regulación del mundo digital. *Revista Forense*, v. 422, p. 195, jul./dez. 2015).

Cabe destacar, também, o fato de que é imputada aos provedores de conteúdo de *Internet* a responsabilidade, desde comprovado que ele possuía controle editorial do material disponibilizado, ou, se não detivesse tal controle, que o provedor se manteve inerte após a notificação judicial para a retirada de material⁷³.

Como se pode perceber, não há uma tutela processual específica no Brasil para a garantia de tais direitos, bem como, nem legislação ressaltando as consequências jurídicas, restando a cargo de outras vias, como o famigerado instituto da responsabilidade civil para a proteção da pessoa humana.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, rede mundial de computadores surgiu como um programa do governo estadunidense voltado para a pesquisa, no entanto, com a criação da *World Wide Web* (WWW), seu uso passou a ser comercial, também, e ela se disseminou no mundo, possibilitando maior interação entre a esfera pública e a esfera privada.

No Brasil, o fenômeno da *Internet* é um tanto recente, o que não impediu que ela já esteja no dia a dia de muitos brasileiros, especialmente entre os mais jovens. Desse modo, ante a crescente utilização da rede e dos problemas surgidos, em 2014, foi promulgada a Lei 12.965, também conhecida como o Marco Civil da *Internet*, que é considerado, por diversos autores, como a Constituição Brasileira da *Internet*. A liberdade de expressão ganhou papel de destaque na referida Lei, sendo considerada como um dos fundamentos do uso da rede mundial de computadores no Brasil.

No tocante ao *cyberbullying*, destaca-se o fato de que ele é uma espécie do *bullying*, que ocorre no ambiente virtual, sendo definido como o conjunto de atos que causam sofrimento a uma pessoa ou a determinado grupo de pessoas, realizados no ambiente virtual. Além disso, cumpre salientar que o *cyberbullying* é um problema de saúde pública, pois afeta milhares de pessoas cotidianamente, em todo o globo.

A liberdade de expressão é um direito fundamental da pessoa humana, mas não absoluto, pois há limites imediatos que podem ser aplicados, principalmente, quando se utiliza do meio de comunicação em massa, *Internet*, para propagar ideias e opiniões, pois, com a liberdade, também vem a responsabilidade.

Um dos limites encontrado pela liberdade reside nos direitos de personalidade, ou seja, a pessoa não pode exercer a liberdade de expressão como lhe aprouver, visto que se deve respeitar direitos inerentes ao ser humano, quais sejam: direito à honra, imagem, privacidade e intimidade, direitos estes mais ligados a liberdade individual à social;

Portanto é cada vez mais corriqueiro que os direitos da personalidade sejam violados no sítio da rede mundial de computadores, com nefastas consequências, não raras vezes, à vítima, o que reclama por parte do Judiciário uma análise mais acurada para solucionar a colisão que surge entre o direito de liberdade de expressão e direitos de personalidades, ambos ligados à dignidade humana, podendo tal conflito ser solucionado pelo método da ponderação, prevalecendo, *prima facie*, nos casos de *cyberbullying*, os direitos da personalidade.

REFERÊNCIAS

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

73 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº. 1568935, de 5 de abril de 2017*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 9 out. 2017.

Malheiros, 2017.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas. Violação à honra no mundo virtual: a (ir) responsabilidade civil dos prestadores de serviços da internet por fato de terceiros. In: MIRANDA, Jorge (Org.); RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.); FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 226-280.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BARROS, Bruno Mello Correa de; OLIVEIRA, Rafael Santos de. O poder político e a mídia de massa: a perspectiva da fiscalização de concessões e outorgas de radiodifusão no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 368-383, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4625/pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação: interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>>. Acesso em: 9 out. 2017.

BAUMAN, Zygmunt. *44 cartas do mundo líquido moderno*. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BEZERRA, Arthur Coelho; WALTZ, Igor. Privacidade, neutralidade e inimizabilidade da internet no Brasil: avanços e deficiências no projeto do marco civil. *Revista Eptic Online*, v. 16, n. 2, p.157-171, maio/ago. 2014. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34909678/2276-6228-1-PB.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1507995087&Signature=BR2kJIhIQm%2BHN5bd5Ii%2BcMdrHiE%3D&response-content-disposition=inline%3B%20-filename%3DPRIVACIDADE_NEUTRALIDADE_E_INIMPUTABILID.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1650725, de 18 de julho de 2017*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 9 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1568935, de 5 de abril de 2017*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 9 out. 2017.

CARTA de Direitos Fundamentais da União Europeia, artigo 11º. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 9 out. 2017.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

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

CONVENÇÃO Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 9 out. 2017.

CONVENÇÃO sobre *Cybercrime*. 2017. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures>>. Acesso em: 9 out. 2017.

COSTANTINI, Alessandro. *Bullying, como combatê-lo: prevenir e enfrentar a violência entre jovens*. Tradução de Eugênio Vinci de Moraes. São Paulo: Itália Nova Editora, 2004.

D'AURIA, Jennifer. Cyberbullying Resources for Youth and Their Families. *Journal of Pediatric Health Care*, v. 28, n. 2, p. e19-e22, 2014.

DEL BIANCO, Nelia Rodrigues; BARBOSA, Marcelo Mendes. O marco civil da internet e a neutralidade de rede: dilemas, debates e impasses relacionados a esse princípio na tramitação do projeto de lei. *Revista Eptic Online*, v. 17, n. 1, p. 5-19, jan./abr. 2015.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel de provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. *Apelação Cível n. 70042636613, de 27 de maio de 2015*. Relator: Miguel Ângelo da Silva Nona Câmara Cível. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 9 out. 2017.

FANTE, Cléo. *Fenômeno Bullying: como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz*. 2. ed. Campinas, SP: Verus, 2005.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FURTADO, Gabriel Rocha. O Marco Civil da Internet: a construção da cidadania virtual. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 236-254.

GONÇALVES, Antônio Baptista. Intimidade, vida privada, honra e imagem ante as redes sociais e a relação coma internet: limites constitucionais e processuais. *Revista de Direito Privado*, ano 12, v. 48, p. 299-341, out./dez. 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: TEMPO BRASILEIRO, 2012.

IEFAP. 10 casos de bullying que tiveram consequências graves. 2015. Disponível em: <<http://www.iefap.com.br/noticia/10-casos-de-bullying-que-tiveram-consequencias-graves>> Acesso em: 9 out. 2017.

INIESTA, Javier Belda; SERNA, Francisco José Arenda. El Paradigma de la identidad: Hacia una regulación del mundo digital. *Revista Forense*, v. 422, p. 181-202, jul./dez. 2015.

LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviço de Internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

LOPES NETO, Aramis A. Bullying: comportamento agressivo entre estudantes. *Jornal de Pediatria*, Rio de Janeiro, v. 81, n. 5, p. s164-s172, 2005.

LOPES, Edgar Tabora. Liberdade de expressão e tutela da honra: que limites? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa: Coimbra Editora, n. 1/2, p. 189-213, 2014.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 8-46, 2014.

MASON, K. L. Cyberbullying: A Preliminary Assessment for School Personnel. *Psychology in the Schools*, v. 45, n. 4. p. 323-348, 2008.

MAZUR, Maurício. Dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.); RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.); FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 25-64.

OSSOLA, Ana Laura. Libertad de expresión: declaraciones, derechos y garantías-deberes y derechos in-

dividuales. In: MIRANDA, Jorge (Org.); RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.); FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 197-295.

PORTELA, Garça. *Cyberbullying e casos de suicídio aumentam entre jovens*. 2014. Disponível em: <<https://agencia.fiocruz.br/cyberbullying-e-casos-de-suic%C3%ADdio-aumentam-entre-jovens>>. Acesso em: 9 out. 2017.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Direito, intimidade e vida privada: paradoxos jurídicos e sociais na sociedade pós-moralista e hipermoderna*. Curitiba: JURUÁ, 2013.

ROCHA, Telma Brito. *Cyberbullying: ódio, violência virtual e profissão docente*. Brasília: LIBER LIVRO, 2012.

ROWLAND, Diane. Privacy, Freedom of Expression and CyberSLAPPS: Fostering Anonymity on the Internet? *International Review of Law Computers Carfax Publishing & Technology*, v. 17, n. 3, p. 303-312, nov. 2003.

SAFERNET. Disponível em: <<http://indicadores.safernet.org.br/>>. Acesso em: 9 out. 2017.

SANTOS, Andréia Mendes dos; GROSSI, Patrícia Krieger. Fenômeno Bullying: desvendando esta violência nas escolas públicas de Porto Alegre. *Revista Textos & Contextos*, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 286-301, jul./dez. 2008.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos; ARAÚJO, Marilene. O tempo e o espaço. Fragmentos do marco civil da internet: paradigmas de proteção da dignidade humana. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do "hate speech"*. 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: 9 out. 2017.

SCHREIBER, Anderson. Direito e Mídia. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 9-26.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SOUZA, Sidclay Bezerra; SIMÃO, Ana Margarida Veiga; CAETANO, Ana Paula. Cyberbullying: percepções acerca do fenômeno e das estratégias de enfrentamento. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, Porto Alegre, v. 27, n. 3, p. 582-590, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722014000300582&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 out. 2017.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 108-146, jan./abr. 2017.

THOMPSON, Marcelo. Marco civil ou demarcação de direitos? Democracia, razoabilidade e as fendas na internet do Brasil. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 261, p. 203-251, set./dez. 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8856/7678>>. Acesso em: 12 out. 2017.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 30, n. 86, p. 269-285, jan./abr. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000100269>. Acesso em: 9 out. 2017.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão

The Brazilian Supreme Court and the hate speech in social media: rights exercise versus freedom of speech limits

Carlo José Napolitano

Tatiana Stroppa

O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito *versus* limites à liberdade de expressão*

The Brazilian Supreme Court and the hate speech in social media: rights exercise versus freedom of speech limits

Carlo José Napolitano**

Tatiana Stroppa***

RESUMO

O presente trabalho é parte integrante de pesquisa que investiga decisões do Supremo Tribunal Federal relacionadas às políticas públicas de comunicação, em especial, aquelas que tratam da liberdade de expressão do pensamento. Especificamente, este artigo, de natureza bibliográfica e documental, objetiva analisar decisões do STF relacionadas ao discurso de ódio nas redes sociais, concluindo que a temática do discurso de ódio ainda não entrou na pauta do STF, sendo esta uma das limitações da pesquisa. Além disso, indicam-se falhas na indexação dos processos no site do STF, o que dificulta a realização de pesquisas, apontando a necessidade de um aprimoramento na indexação dos termos de pesquisa no site do Supremo. Por esses motivos, trata-se de um trabalho inovador relacionado às pesquisas juntamente ao STF.

Palavras-chave: Discurso de ódio. Redes sociais. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This text is part of ongoing research that investigates Brazilian Supreme Court decisions related to the public policies communications, especially those that deal with the freedom of speech. This paper, supported by bibliographical and documental research, specifically aims to analyze STF decisions related to hate speech in social media, concluding that the hate speech theme has not yet entered in the agenda of the Brazilian Supreme Court, which is one of the limitations of this research, as well is indicated faults in the processes indexing in the STF site, which makes it difficult to carry out researches, pointing out the necessity to improve the indexation of the STF's research terms. For these reasons, this is an innovative article related to STF researches.

Keywords: Hate speech. Social media. Brazilian Supreme Court.

* Recebido em 31/10/2017
Aprovado em 04/12/2017

** Pós-Doutor pelo Departamento de Direito do Estado, da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo - USP, Doutor em Sociologia pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Faculdade de Ciências e Letras, UNESP/Araraquara. Professor do Departamento de Ciências Humanas e do Programa de Pós-Graduação em Comunicação, da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação, UNESP/Bauru/SP. Email: carlonapolitano@faac.unesp.br.

*** Doutoranda em Direito, Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação stricto sensu – Instituição Toledo de Ensino (2006), professora de Direito Constitucional e de Direito Processual Constitucional do Curso de Direito do Centro Universitário de Bauru (ITE-SP) e da Faculdade Itiana de Botucatu. Advogada e bolsista de treinamento técnico na pesquisa denominada “Políticas públicas de comunicação no Supremo Tribunal Federal: a liberdade de expressão em julgamento”, financiada pela Chamada Universal – MCTI/CNPq n. 1/2016 – Faixa A do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, Processo n. 145663/2016-7. Email: tatianastroppa@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Trata-se o presente de estudo baseado em análise bibliográfica e documental acerca da temática do exercício e da limitabilidade da liberdade de expressão do pensamento nas redes sociais, tendo como pano de fundo o discurso de ódio. O texto visa atender a chamada da Revista Brasileira de Políticas Públicas, referente ao dossiê temático “Direito e Mundo Digital”.

O artigo é um dos resultados de projeto de pesquisa em andamento¹ e que tem por objetivo específico analisar e interpretar decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) relacionadas às políticas públicas de comunicação, em especial, às relacionadas à temática da liberdade de expressão do pensamento, com o intuito de verificar se há uma linha mestra, ou em outros termos, um *modus operandi* de interpretação do STF relacionado às políticas públicas de comunicação, e como objetivos secundários da pesquisa: o aprofundamento teórico doutrinário da análise da liberdade de expressão do pensamento, da limitabilidade dos direitos fundamentais, do núcleo essencial dos direitos fundamentais e, por fim, do próprio processo decisório (deliberação externa) do STF, sendo esse último objetivo, uma questão formal enfrentada pela pesquisa.

Por hipótese, a pesquisa principal considerou que, ao decidir casos referentes à temática, o STF, sistematicamente, amplia a aplicação desses direitos, eliminando qualquer forma ou possibilidade de regulação da comunicação social, potencialmente, impactando as políticas públicas direcionadas ao setor.

O presente trabalho trata, especificamente, da possibilidade de se impor limites à liberdade de expressão do pensamento quando esse direito é exercido, via redes sociais, incitando-se o discurso de ódio, e está, assim, estruturado: além desta introdução, a próxima seção trata das experiências históricas, culturais, sociais e normativas acerca da limitação da liberdade de expressão do pensamento, a terceira aborda o conceito de discurso de ódio, a quarta seção explora o exercício e os limites da liberdade de expressão nas redes sociais quando relacionados ao discurso de ódio na perspectiva do Supremo Tribunal Federal, bem como indica os métodos e técnicas adotados para a elaboração deste artigo e, por fim, apresentam-se algumas considerações em sede de conclusão.

2. PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS, CULTURAIS E NORMATIVOS DA LIMITAÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO PENSAMENTO

O que queremos com a liberdade de expressão? Busca da verdade, autonomia humana, autogoverno democrático?

As perguntas elaboradas por Júlio Silva² indicam alguns caminhos teóricos acerca da liberdade de expressão do pensamento. Enquanto a autonomia humana está diretamente relacionada a uma abordagem liberal, ou até mesmo libertária, a ideia da liberdade de expressão como expressão de um autogoverno democrático, por sua vez, está relacionada a uma postura democrática acerca desse direito.

Inicialmente, e de acordo com um clássico da Teoria do Direito Constitucional Brasileiro³, a liberdade de expressão do pensamento pode ser considerada como um direito fundamental que qualquer pessoa tem de

1 Trata-se da pesquisa denominada “Políticas públicas de comunicação no Supremo Tribunal Federal: a liberdade de expressão em julgamento”, financiada pela Chamada Universal – MCTI/CNPq n. 1/2016 – Faixa A do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, Processo n. 145663/2016-7. A metodologia da pesquisa principal e utilizada no presente foi desenvolvida pelo primeiro autor em estágio de pós-doutoramento na Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo, estágio financiado com bolsa de Pós-doutorado Sênior do CNPq.

2 SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão*. Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. 2009. 248f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

3 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

exteriorizar, sob qualquer forma, o que pensa sobre qualquer assunto.

Jónatas Machado, expoente da Teoria Constitucional Portuguesa, classifica a liberdade de expressão em sentido amplo (ou liberdade de comunicação) e em sentido estrito (opinião, informação, imprensa, direitos dos jornalistas, liberdade de radiodifusão, liberdade artística, científica, cinematográfica, direito de resposta, direito de antena etc...). Por esse motivo, a considera como um direito mãe, ou “*cluster right*” das liberdades comunicativas⁴. Trata-se, portanto, de um “direito primário, pois alicerce e pressuposto de outras liberdades, como a liberdade de crença, a liberdade de religião e a liberdade de imprensa.”⁵

Muito embora possam ser indicados outros precedentes normativos históricos que originaram o direito à liberdade de expressão — como exemplo o *Bill of Rights* inglês, de 13 de fevereiro de 1689, é comum mencionar que a “positivação jurídica da liberdade de expressão” se deu com a Declaração da Virgínia, em 12 de outubro de 1776. Com essa declaração, passa-se a reconhecer a liberdade de expressão “como um direito natural do indivíduo, tal como pressuposto no seu artigo 1º relativamente à vida e à liberdade em geral”⁶. Observa-se, no entanto, que esse documento histórico não faz referência à liberdade de expressão, mas sim à liberdade de imprensa, nos seguintes termos do artigo 12: “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos.”⁷

No entanto, de acordo com Aluízio Ferreira, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, é considerada um marco histórico pelo seu “caráter universalista”⁸.

De acordo com a declaração francesa, nos artigos 10 e 11, respectivamente, “Ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, contando que a manifestação delas não perturbe a ordem pública estabelecida pela Lei”, bem como “A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei”⁹.

Mesmo com o pioneirismo da Declaração da Virgínia, observe-se que a Constituição norte-americana, inicialmente, não tratou da temática da liberdade de expressão, tendo sido a ela incorporada, somente, em 1791 com a ratificação das primeiras nove emendas ao texto original. Trata-se, especificamente, da Primeira Emenda, nos seguintes termos: “o Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.”¹⁰

Aluízio Ferreira¹¹ aponta diferenças entre a Primeira Emenda norte-americana e a declaração francesa, destacando “como traço marcante dessa diferença ... o caráter mais liberal e politicamente auto-limitador” da Primeira Emenda, indicando que ela impede ao legislador “votar qualquer norma restritiva das liberdades de expressão e publicação”, enquanto que a Declaração Francesa “assenta o princípio das limitações, autorizando o legislador a prever hipóteses de responsabilização pelo abuso do exercício da liberdade de publicação”. Verificam-se, desse modo, duas matrizes documentais distintas acerca desse mesmo direito, uma entendendo-o como irregulamentável e outra limitável.

4 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002.

5 MONTEIRO, Marco Antonio Correa. *Tutela constitucional da liberdade de imprensa*. 2012. Tese. (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 49.

6 FERREIRA, Aluízio. *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição Brasileira*. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997. p. 122-123.

7 ESTADOS UNIDOS. Declaração de direitos do bom povo da Virgínia, de 16 de junho de 1776.

8 FERREIRA, Aluízio. *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição Brasileira*. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997. p. 123.

9 FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.

10 ESTADOS UNIDOS. Declaração de direitos do bom povo da Virgínia, de 16 de junho de 1776.

11 FERREIRA, Aluízio. *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição Brasileira*. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997. p. 128.

O pioneirismo da constitucionalização da liberdade de expressão com a Primeira Emenda norte-americana exemplifica o padrão normativo das primeiras constituições elaboradas no final do século XVIII.

Jónatas Machado¹², ao tratar das principais experiências constitucionais em uma dimensão histórica, menciona que “o direito à liberdade de expressão assume um lugar central no processo de constitucionalização dos direitos fundamentais” e “na feitura das primeiras constituições”. Além de assumir “um papel fundamental na relação entre governantes e governados e no controlo democrático do exercício do poder político”, é, portanto, um limite ao Poder do Estado.

Inicialmente concebida, no Estado Liberal, como exemplo de direito civil e político, direitos fundamentais de primeira geração, na classificação de Karel Vasak, a liberdade de expressão do pensamento, de acordo com Jónatas Machado, estava inserida, naquele contexto histórico, como “afirmação jurídico-política da autonomia individual”, estando “insusceptível de funcionalização ou instrumentalização”¹³. No entanto, não pode ser entendida “à margem do princípio da igualdade, do princípio democrático e do princípio do Estado de direito”. No mesmo sentido, Júlio Silva¹⁴, para quem a teoria liberal ou libertária acerca da liberdade de expressão corrói a igualdade, em especial, a igualdade política.

A despeito da condição liberal acima indicada, a liberdade de expressão do pensamento também pode ser classificada, ainda de acordo com Jónatas Machado, como direito de segunda geração, ao lado dos direitos econômicos, sociais e culturais, direitos que requerem “capacidade de prestação do Estado” e que impactam o “âmbito da liberdade de expressão”, obrigando a uma nova interpretação ou “reinterpretação dos direitos, liberdades e garantias como *direitos sociais em sentido amplo*”, fornecendo “coordenadas normativo-institucionais à luz das quais deve ser equacionada, compreendida e delimitada a intervenção do Estado na disciplina das liberdades comunicativas”, compreendendo-se que “o conhecimento é poder e em que a informação é um bem de primeira necessidade”¹⁵, demandando, desse modo, políticas públicas específicas para a comunicação social, em especial.

No mesmo sentido, Christiano Taveira menciona que os direitos relacionados à liberdade de expressão também podem ser compreendidos “sob uma ótica democrática”¹⁶. E, por esse motivo, “subsistiria ao Estado um dever de agir ... para assegurar a promoção de princípios constitucionais como o pluralismo e a garantia efetiva do Estado Democrático de Direito”. Indica ainda o autor o caráter instrumental da liberdade de expressão considerando “a sua tarefa de ferramenta para o exercício de outros direitos e, em última *ratio*, para o regular funcionamento da democracia.”¹⁷. De acordo com Cass Sunstein¹⁸, a liberdade de expressão é precondição para a democracia.

A liberdade de expressão, além de ser uma forma de difusão de ideias, também difunde valores culturais¹⁹, e, por esse e outros motivos, pode estar, conforme já indicado nos parágrafos precedentes, atrelada

12 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 61-79.

13 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 83.

14 SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão*. Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. 2009. 248f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

15 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 88.

16 TAVEIRA, Christiano de Oliveira. *Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa: Uma Proposta de Reformulação do Papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão*. Tese. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2010, p. 18/19

17 TAVEIRA, Christiano de Oliveira. *Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa: Uma Proposta de Reformulação do Papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão*. 2010. 266f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 62.

18 SUNSTEIN, Cass. R. *Democracy and the problem of free speech*. New York: The Free Press, 1995.

19 FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

aos direitos de segunda geração que pressupõe ação positiva do Estado mediante políticas públicas. Considerando-se aqui que os valores culturais são indispensáveis à dignidade humana e ao desenvolvimento da personalidade, conforme artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Essas ações positivas são instrumentalizadas pelo direito, pois o direito pode ser considerado uma “ordem de equilíbrio entre as liberdades coexistentes”, a ele cumprindo “ordenar, de forma equilibrada, a tutela da liberdade de expressão e comunicação e a proteção dos cidadãos contra violações de seus direitos fundamentais causadas por essa liberdade, principalmente contra as violações levadas a cabo pelos veículos de comunicação de massa”.²⁰

No mesmo sentido, Christiano Taveira²¹ menciona que a liberdade de expressão é “verdadeira liberdade pública”, ou, em outros termos, “direitos de defesa”, o que exige do Estado “um dever de ‘não fazer’”, exemplificado na ideia de “não censurar, “não cercear a liberdade de expressão e opinião”, “não impor excessivas obrigações positivas às empresas difusoras de informação”. De outro lado, os direitos relacionados à liberdade de expressão do pensamento também configuram “como direitos a prestações, em que caberia ao Estado a tarefa de implementar as condições fáticas para o efetivo exercício das liberdades fundamentais”, caracterizam-se, portanto, também como direitos de segunda geração, o que exige do Estado “uma postura ativa, ou seja, uma atuação positiva do Estado na proteção de determinados direitos, a ser garantida pela entrega de prestações materiais”.

Tais prestações materiais, positivas do Estado são institucionalizadas por políticas públicas instrumentalizadas pelo direito, sendo este considerado objeto, arranjo institucional, ferramenta e vocalizador de demandas das políticas públicas²². Nesse sentido, o direito à liberdade de expressão somente “será plenamente exercido se todos tiverem as mesmas condições de fazê-lo”²³.

Geórgia Moraes exemplifica um instrumento de ação estatal relacionado às políticas públicas de comunicação para garantir o pleno e amplo exercício da liberdade de expressão

Logo, quando o legislador garantiu o estabelecimento de percentuais para programação regional, por exemplo, está claro que seu objetivo não era cercear a liberdade de expressão dos veículos, mas apenas garantir que as populações das diversas regiões do Brasil, com suas diferentes características culturais, obtivessem as mesmas condições de exercer a liberdade de expressão²⁴.

Para Daniel Sarmento, o entendimento de que a liberdade de expressão configura um direito negativo e que pressupõe a abstenção do Estado, limitando-se, assim, às ações do Estado para que ele não impeça e nem coíba a manifestação do pensamento, é uma concepção incompleta. De acordo com Daniel Sarmento,

Embora a dimensão preponderante da liberdade de expressão seja realmente negativa, a garantia deste direito, sobretudo no quadro de uma sociedade profundamente desigual, também reclama ações positivas do Estado, visando a assegurar a todos a possibilidade real do seu exercício e o enriquecimento do debate público.²⁵

20 FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 18.

21 TAVEIRA, Christiano de Oliveira. *Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa: Uma Proposta de Reformulação do Papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão*. 2010. 266f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 18-19.

22 COUTINHO, D. R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos A. P. de (Org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: UNESP; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013. p. 181-200.

23 MORAES, Geórgia. A tensão entre liberdade de expressão e direito à informação: empecilho à elaboração de políticas públicas de comunicação. In: RAMOS, M. C.; SANTOS, S. (Org.). *Políticas de comunicação: buscas teóricas e práticas*. São Paulo: Paulus, 2007. p. 266.

24 MORAES, Geórgia. A tensão entre liberdade de expressão e direito à informação: empecilho à elaboração de políticas públicas de comunicação. In: RAMOS, M. C.; SANTOS, S. (Org.). *Políticas de comunicação: buscas teóricas e práticas*. São Paulo: Paulus, 2007. p. 266.

25 SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, 2007.

Tratando dos direitos fundamentais em geral e não especificamente da liberdade de expressão, argumenta Daniel Sarmento que “Sob esta nova perspectiva, os poderes públicos têm não apenas o dever de absterem-se de violar esses direitos, mas também a obrigação de promovê-los concretamente, e de garanti-los diante de ameaças decorrentes da ação de particulares e de grupos privados.”²⁶

Especificamente, em relação à liberdade de expressão, reconhece-se a “necessidade de intervenção estatal que vise a pluralizar as vozes na arena pública e a assegurar a possibilidade real de expressão aos integrantes das camadas subordinadas da sociedade.”²⁷

Ainda de acordo com Daniel Sarmento a Constituição Federal de 1988, se “interpretada com os olhos voltados para a realidade empírica do país, requer esta leitura não absenteísta das nossas liberdades comunicativas.”²⁸

Em outros termos,

a liberdade de expressão não pode ser privilégio da pequena elite que possui os jornais, emissoras de rádio e de televisão, ou que tem os recursos para adquirir o tempo ou o espaço nestes veículos necessários para a exposição das suas idéias. Ela deve valer para todos. E sem a intervenção do Estado, ela nunca valerá para todos.²⁹

É forçoso concluir que a Constituição de 1988, na linha esboçada por Daniel Sarmento, não tem concepção libertária.³⁰

Essa atuação do Estado foi potencializada pelo Estado de Bem-Estar Social em todos os campos da vida social, inexistindo,

qualquer motivo para que deixe de atuar na concretização da *liberdade de expressão*. Daí o reconhecimento da necessidade de promoção de medidas positivas para possibilitar aos cidadãos o recebimento de informações plurais e independentes de interesses meramente empresariais, neutralizando o poder dos oligopólios midiáticos em favor do dissenso de ideias.”³¹

Essas ações estatais, de acordo com André Bezerra, estariam “aptas a fomentar o pluralismo de opiniões, sob o amparo de ordenamentos jurídicos que impõem ao Estado o dever de agir na efetivação dos direitos fundamentais, no que se inclui a liberdade de expressão.”³²

Diante disso, considera-se que não só os direitos sociais pressupõem atuação estatal, “também as liberdades públicas e os direitos políticos exigem uma prestação estatal”³³. A prestação estatal consiste na criação de instituições e de “procedimentos necessários ao seu exercício”³⁴, a proibição ao discurso de ódio, seria um exemplo.

Além dessa dupla possibilidade de classificação quando relacionada aos direitos fundamentais — direitos de primeira e segunda geração —, a liberdade de expressão, segundo Edilsom Farias, também pode ter uma

26 SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, 2007.

27 SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, 2007.

28 SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, 2007.

29 SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, 2007.

30 SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, 2007.

31 BEZERRA, André Augusto Salvador. Políticas Públicas de Comunicação Social e Liberdade de Expressão: os Casos da Argentina, Bolívia, Equador e Venezuela. *Cadernos PROLAM/USP*, São Paulo, ano 11, v. 1, p. 130-140, 2012. p. 135.

32 BEZERRA, André Augusto Salvador. Políticas Públicas de Comunicação Social e Liberdade de Expressão: os Casos da Argentina, Bolívia, Equador e Venezuela. *Cadernos PROLAM/USP*, São Paulo, ano 11, v. 1, p. 130-140, 2012. p. 139.

33 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 78.

34 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 79.

concepção dual, em uma perspectiva subjetiva, protetora da dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento da personalidade, e, em uma perspectiva objetiva, como valor de “proteção ao regime democrático e que garante a participação dos cidadãos no debate público e na vida pública”³⁵.

De acordo com Edilson Farias, a perspectiva subjetiva ou libertária da liberdade de expressão corresponde ao ideário do liberalismo clássico e tem como expoentes teóricos John Milton, John Stuart Mill, Oliver Wendell Holmes, Ronald Dworkin, dentre outros, e está centrada na busca da verdade, da autonomia privada e discursiva e da autoexpressão individual. Essa concepção ou corrente teórica advoga que a “coletividade deve abster-se de intervir na liberdade de expressão e comunicação para que não haja agressão à dignidade da pessoa humana.”³⁶

A visão de um individualismo ou subjetivismo exacerbado defende a ideia de proibição de “toda e qualquer forma de intervenção do Estado no âmbito da liberdade de expressão e comunicação, não importando que a regulação estatal vise a ampliar e não a restringir a efetiva comunicação entre todos os cidadãos.”³⁷

A concepção liberal pressupõe a liberdade de expressão como “uma liberdade negativa ... um direito fundamental de defesa dirigido contra o Estado, exigindo unicamente a abstenção deste para a ocorrência da ampla difusão das idéias e notícias.”³⁸ Logo são direitos de primeira geração, conforme acima mencionado.

Para Cass Sunstein, essa perspectiva trata de uma “espécie de economia neoclássica, com a celebração do *laissez-faire* e da mão invisível para a palavra”³⁹, sendo que para o mesmo autor “a noção de *laissez-faire* é não mais que um mito — um erro conceitual — para a palavra tanto quanto para a propriedade”⁴⁰ (tradução nossa⁴¹)⁴².

A liberdade de expressão nos EUA, então, segundo Cass Sunstein, “aproxima-se de um sistema de mercado privado não regulamentado. Ele opera de maneira similar a outros mercados, como aqueles para carros, escovas, cereal e sabão”⁴³. (tradução nossa).⁴⁴

Cass Sunstein critica, ainda, a posição absolutista acerca da liberdade de expressão e que advoga a ideia de que “qualquer um pode dizer qualquer coisa a qualquer tempo”⁴⁵. (tradução nossa)⁴⁶. Isso, contudo, segundo o autor, não é verdadeiro, indicando até mesmo que alguns discursos são proibidos. A título ilustrativo, Cass Sunstein menciona inúmeras hipóteses legais restritivas à liberdade de expressão do pensamento no ordenamento jurídico norte-americano, dentre elas: perjúrio, ameaças, subornos, propaganda falsa, pornografia infantil, assédio sexual e no trabalho. Entre nós, podem ser citados, como exemplos, a calúnia, a injúria e a difamação, a propaganda enganosa e abusiva, o comercial de tabaco e bebidas alcoólicas em determinados horários, dentre outros.

Contudo, observe-se que, mesmo nos Estados Unidos, onde aparentemente vigora a primazia da liber-

35 FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 64.

36 FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 64.

37 FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 71.

38 FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 78.

39 SUNSTEIN, Cass. R. *Democracy and the problem of free speech*. New York: The Free Press, 1995. p. xviii.

40 SUNSTEIN, Cass. R. *Democracy and the problem of free speech*. New York: The Free Press, 1995. p. 41.

41 Os trechos citados de Cass Sunstein foram traduzidos livremente pelo primeiro autor.

42 No original: “a species of neoclassical economics – into a celebration of *laissez-faire* and the ‘invisible hand’ for speech”. “The notion of *laissez-faire* is no less a myth – a conceptual error – for speech than it is for property”.

43 SUNSTEIN, Cass. R. *Democracy and the problem of free speech*. New York: The Free Press, 1995. p. 17.

44 No original: “approaching a system of unregulated private markets. Its operation is broadly similar to that of other markets, like those for cars, brushes, cereal, and soap”.

45 SUNSTEIN, Cass. R. *Democracy and the problem of free speech*. New York: The Free Press, 1995. p. 126.

46 No original: “Anyone may say anything at any time”.

dade de expressão, amparada na Primeira Emenda, parte da teoria norte-americana, em especial, os “juristas norte-americanos mais sensíveis aos reclamos da democracia e da igualdade”, dentre os quais podem ser citados Sunstein, Fiss, Meiklejohn, Justice Brandeis, dentre outros, sugerem “um *New Deal for Speech*”, indicando ainda “a completa inadequação da filosofia norte-americana sobre a liberdade de expressão às condições do mundo moderno”⁴⁷.

Para essa perspectiva objetiva, madisoniana, democrática, coletivista ou ativista sobre a liberdade de expressão vigora o entendimento desse direito “como uma liberdade positiva ... um direito fundamental à prestação que exige também uma ação positiva do Estado, quando indispensável para promover a livre comunicação”⁴⁸, pressupondo, portanto, ações positivas do Estado, consistentes “em prestações normativas (aprovação de leis sobre o direito de informar) ou prestações materiais (meios ou instrumentos para o exercício da liberdade de informar)”, ou seja, o Estado deve “fornecer ainda as estruturas necessárias para que o direito fundamental de informar seja realmente desfrutado por todos os cidadãos, e assim não fique reduzido a um mero enfeite jurídico ou a um alçapão verbal judicialmente formulado”⁴⁹.

A concepção objetiva, conforme Edilsom Farias, tem James Madison, “mentor da Primeira Emenda, que inscreveu a liberdade de expressão e comunicação como direito fundamental no texto da Constituição norte-americana”, como o principal expoente teórico, e que “entendia que o principal escopo da liberdade de expressão e comunicação era servir de instrumento para a soberania popular construir e manter um autogoverno democrático” e tem como “propósito maior ... a proteção da liberdade de expressão e comunicação como ferramenta privilegiada para a realização da democracia deliberativa” e é “essencial para a consecução do autogoverno popular”⁵⁰.

Essa concepção tem uma “Preocupação com a dimensão isegórica da política, ou seja, com o direito equitativo de portar a palavra em foro público”⁵¹, pois, quando algumas vozes são protegidas e outras atrofiadas (pelo dinheiro, pela falta de acesso etc.), quem perde é a democracia, pois o debate público fica enfraquecido.

De acordo com Edilsom Farias, o maior expoente teórico contemporâneo da corrente objetiva/madisoniana é Alexander Meiklejohn, para quem a liberdade de expressão “cumpre dupla função na democracia”. A primeira, “informativa pela qual o livre fluxo das informações possibilita o melhor conhecimento e a melhor avaliação dos assuntos de relevância pública. Dessa forma, estarão os cidadãos mais preparados para levarem a cabo decisões inteligentes”. A segunda, a “função crítica pela qual a liberdade de expressão e comunicação assegura aos cidadãos a faculdade de criticar o poder político, as instituições estabelecidas e os agentes públicos, o que pode resultar na mudança dos governantes”⁵².

Pelo que se viu até aqui, até mesmo nos Estados Unidos, em que, aparentemente, a normatividade constitucional proíbe qualquer tipo de restrição à liberdade de expressão, desde sempre, “estabeleceu-se um debate em torno da interpretação da Primeira Emenda entre os que advogavam ser a liberdade de expressão e comunicação insusceptíveis de restrição (absolutistas) e os que defendiam restrições razoáveis à referida liberdade”⁵³.

47 SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, 2007.

48 FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 78.

49 FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 87.

50 FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 68-69.

51 SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão*. Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. 2009. 248f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 138.

52 FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 70.

53 FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Edilsom Farias arremata, “mas, na realidade, a concepção absolutista nunca passou de um dogma nem chegou a seduzir a maioria dos membros da Suprema Corte daquele país.”⁵⁴

No entanto, essa percepção quanto ao entendimento da Suprema Corte norte-americana acerca da liberdade de expressão não é inequívoca. Christiano Taveira, por exemplo, menciona que, nos EUA e com as decisões da Suprema Corte, dá-se uma posição preferencial à liberdade discursiva se comparada a outros direitos fundamentais⁵⁵. No mesmo sentido, Daniel Sarmiento indica a primazia da Teoria Libertária nos Estados Unidos⁵⁶.

Segundo Christiano Taveira, o STF, na decisão proferida na ADPF 130, aproximou-se “da jurisprudência desenvolvida pela Suprema Corte americana” e “na hipótese de colisão de princípios constitucionais, a liberdade de expressão — a despeito de não se revestir de um caráter absoluto — possui um caráter de preferência, em tese, sobre os direitos de personalidade”⁵⁷. Sendo essa a teoria prevalecente no “cenário jurídico norte-americano”, que consiste que “em um processo de ponderação de bens e interesses, a liberdade de expressão contida na Primeira Emenda possuiria um peso extra e posição de preferência em relação aos demais direitos constitucionais.”⁵⁸ Contudo, há divergências teóricas em relação a essa interpretação sobre a decisão do STF na ADPF 130⁵⁹.

Diversamente dessa abordagem dual, Jónatas Machado, por sua vez, propõe um outro enfoque acerca da liberdade de expressão, apartada das ideias acima apresentadas, definida aqui como enfoque ou abordagem pluralista. Machado alega que, em sua tese, “rejeita-se uma abordagem das liberdades comunicativas centrada, quer unicamente na autonomia individual, quer exclusivamente no funcionamento do sistema político, posições ... que em boa medida polarizam a discussão em torno do tema em análise”⁶⁰, como visto acima.

Para Jónatas Machado, “além da expressão individual ou das exigências imediatas do funcionamento do sistema político, a vida desenvolve-se noutras esferas comunicativas estruturadas, como a economia, a ciência, a religião, a cultura, o desporto, a arte, as relações sociais etc.”, e, nesse sentido, advoga a tese de que a liberdade de expressão deve “proteger todos os conteúdos expressivos característicos dos diferentes sub-sistemas sociais, sem proceder, à partida, à sua hierarquização.”⁶¹ Diante disso, o âmbito de proteção da liberdade de expressão não pode ser estritamente o discurso político, outros também devem ser privilegiados⁶².

Em uma aparente crítica à Teoria Habermasiana, Jónatas Machado discorre acerca da liberdade de expressão relacionada à comunicação não racional, como a religiosa, por exemplo. Para Jónatas Machado,

p. 243.

54 FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 243.

55 TAVEIRA, Christiano de Oliveira. *Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa: Uma Proposta de Reformulação do Papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão*. 2010. 266f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

56 SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, 2007.

57 TAVEIRA, Christiano de Oliveira. *Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa: Uma Proposta de Reformulação do Papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão*. 2010. 266f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 116.

58 TAVEIRA, Christiano de Oliveira. *Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa: Uma Proposta de Reformulação do Papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão*. 2010. 266f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 150.

59 Ver em especial COSTA, Thales Moraes da. Conteúdo e alcance da decisão do STF sobre a lei de imprensa na ADPF 130. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 10, p. 119-154, 2014.

60 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 129-130.

61 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 129-130.

62 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002.

“uma correcta interpretação das liberdades de comunicação deve compreender o sujeito não apenas nas suas dimensões racionais e intelectuais, mas também nas de natureza espiritual, moral, emocional, passional e mesmo física e sexual”. Ademais, a compreensão desse direito deve considerar “um sistema social hiper-complexo, funcionalmente diferenciado, comunicativamente estruturado e em permanente transformação”, enfatizando, por esses motivos, “que as liberdades da comunicação não podem ser arbitrariamente amputadas através da concessão de um privilégio epistemológico à *razão* nas suas formas *pura, prática, pública e comunicativa* e da preterição da *emoção pura, prática, pública e comunicativa*” e finaliza afirmando que “As liberdades da comunicação devem ser interpretadas como protegendo todas as formas que os indivíduos autonomamente valorizem por um motivo ou por outro”⁶³.

Ao mencionar as teorias dos grupos minoritários relativas à comunicação social, Jónatas Machado indica que tentativas de dar voz a esses grupos “apontam para a necessidade de uma intervenção correctiva do Estado, que amplifique a voz dos grupos comunicativamente mais desfavorecidos, havendo lugar a medidas de *affirmative action* no plano comunicativo.”⁶⁴ Trata-se, portanto, das políticas públicas de comunicação, conforme já mencionado.

Na seção que segue será tratada a questão do discurso de ódio.

3. O CONCEITO DE DISCURSO DE ÓDIO

A diversidade e o pluralismo são características que conformam a liberdade de expressão, sobretudo em sociedades multiculturais como o Brasil. Para além da possibilidade de manifestar o pensamento, opiniões e sentimentos, atualmente, o acesso à internet e, sobretudo, às redes sociais intensificou o dissenso ao assegurar que grupos, historicamente afastados da esfera de debate público, pudessem divulgar os seus conteúdos, com extrema rapidez e abrangência.

Essa realidade acentua a necessidade de discutir a amplitude que deve ser conferida à liberdade de expressão e acerca de quais são as respostas constitucionalmente adequadas para combater os discursos de ódio (*hate speech*).

Os posicionamentos assumidos pela Suprema Corte norte-americana revelam uma defesa bastante ampla da liberdade de expressão em detrimento de outros direitos e, dessa maneira, garantem os discursos de ódio e, assim, nem a difusão das posições racistas mais radicais e hediondas podem ser proibidas ou penalizadas, ressalvadas apenas restrições às manifestações que, pela sua natureza, possam provocar uma imediata reação violenta da audiência (*fighting words*)⁶⁵.

De outro lado, estão países, como o Canadá e a Alemanha, por exemplo, que sustentam que as manifestações de intolerância não devem ser admitidas, porque violam princípios fundamentais da convivência social como os da igualdade e da dignidade humana, e atingem direitos fundamentais das vítimas⁶⁶.

A posição de não admissão do *hate speech* vem marcada em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos como Pacto dos Direitos Civis e Políticos (1966), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), o Pacto Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Declaração (itens 86 a 91) e o Plano de Ação (itens 143 a 147) emitidos na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, ocorrida em Durban em 2001.

63 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 154.

64 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 189.

65 SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

66 SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Conforme Rosane Leal da Silva et al, o “discurso de ódio” revela-se pelo conteúdo segregacionista, discriminatório dirigido às pessoas que compartilham de alguma característica que as tornam componentes de um grupo, ou seja, o discurso de ódio estabelece a superioridade do emissor e a inferioridade do atingido, tido como inferior. Salientam, ainda, que tais manifestações insultam, diretamente, à vida, afetando a dignidade de determinado grupo de pessoas que partilham de um traço comum. E, ao mesmo tempo, instigam os leitores/ouvintes a participar do discurso discriminatório, não somente com palavras, mas também com ações⁶⁷.

No mesmo sentido, Thiago Dias Oliva afirma que o discurso de ódio — entendido como a visão mais radical do discurso discriminatório — por definição: a) é um ato discursivo tendo um caráter eminentemente comunicativo; b) intimida os grupos fazendo com que deixem o espaço público ao mesmo tempo em que instiga as demais pessoas a rejeitar esses mesmos grupos; c) revela-se como uma forma de discriminação consciente de grupos sociais vulneráveis, buscando negar a esses o acesso a direitos⁶⁸.

Portanto, o discurso de ódio caracteriza-se pela propagação de mensagens que “estimulam o ódio racial, a xenofobia, a homofobia e outras formas de ataques baseados na intolerância e que confrontam os limites éticos de convivência com o objetivo de justificar a privação de direitos, a exclusão social e até a eliminação física daqueles que são discriminados”.⁶⁹

Pelo exposto, o discurso de ódio afronta o direito à igualdade e, conseqüentemente, fragiliza a efetividade dos princípios da não discriminação e da dignidade da pessoa humana, estando a possibilidade de limitação a tais discursos conectada ao ideal madisoniano/democrático da liberdade de expressão do pensamento. Nesse contexto, entende-se como legítima a intervenção do Estado voltada a proscriver os discursos altamente discriminatórios, conforme mencionado na seção precedente.

Importante, então, a determinação de parâmetros que permitam a consideração de um discurso como sendo de ódio, uma vez que as ideias e opiniões impopulares não podem se tornar reféns das concepções politicamente corretas, sob pena de minar a abertura e a pluralidade exigidas pelo regime democrático e que orientam a formatação jurídica da sociedade brasileira⁷⁰.

O reconhecimento da necessidade de promover um maior consenso global sobre a relação apropriada entre o respeito à liberdade de expressão e a promoção da igualdade levou a Artigo 19 a elaborar os “Princípios de Camden sobre a Liberdade de Expressão e Igualdade”, recomendando que os Estados observem os seguintes critérios para o enquadramento de uma mensagem como sendo de ódio: i. severidade: a ofensa deve ser “a mais severa e profunda forma de opróbrio”; ii. intenção: deve haver a intenção de incitar o ódio; iii. conteúdo ou forma do discurso: devem ser consideradas a forma, estilo e natureza dos argumentos empregados; iv. extensão do discurso: o discurso deve ser dirigido ao público em geral ou a um número de indivíduos em um espaço público; v. probabilidade de ocorrência de dano: o crime de incitação não necessita que o dano ocorra de fato, entretanto, é necessária a averiguação de algum nível de risco de que algum dano resulte de tal incitação; vi. iminência: o tempo entre o discurso e a ação (discriminação, hostilidade ou violência) não pode ser demasiado longo de forma que não seja razoável imputar ao emissor do discurso a responsabilidade pelo eventual resultado; vii. contexto: o contexto em que é proferido o discurso é de suma importância para verificar se as declarações têm potencial de incitar ódio e gerar alguma ação⁷¹.

67 SILVA, Rosane Leal da et al. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 2, p.445-468, dez. 2011.

68 OLIVA, Thiago Dias. *O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão no Brasil*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-14122015-093950/pt-br.php>>. Acesso em: 20 out. 2017.

69 STROPPIA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFSM)*, v. 10, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19463/pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

70 SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

71 PRINCÍPIOS de Camden sobre Liberdade de Expressão e Igualdade. Londres: Artigo 19, 2009. Disponível em:<<https://>

No âmbito interamericano, fixando a limitação excepcional à liberdade de expressão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu o seguinte parecer consultivo:

[...] nos termos da Convenção, as restrições autorizadas à liberdade de expressão devem ser aquelas *necessárias para assegurar* a obtenção de certos fins legítimos, ou seja, não basta que a restrição seja *útil* para a obtenção deste fim, isto é, que se possa alcançar através dela, mas deve ser necessária, ou seja, que não possa ser alcançada razoavelmente por outro meio menos restritivo a um direito protegido pela Convenção (CIDH: Parecer Consultivo 5/85)⁷² - destacadas no original.

Reafirma o mesmo posicionamento no julgamento do caso *Kimel Vs. Argentina*:

78. A Corte não considera contrária à Convenção qualquer medida penal a propósito da expressão de informações ou opiniões, mas esta possibilidade deve ser analisada com especial cautela, ponderando a respeito a extrema gravidade da conduta realizada pelo emissor daquelas, o dolo com o qual atuou, as características do dano injustamente causado e outros dados que manifestem a absoluta necessidade de utilizar, de forma verdadeiramente excepcional, as medidas penais. Em todo o momento, o ônus da prova deve recair em quem formula a acusação. Nesta ordem de considerações, a Corte observa os movimentos na jurisprudência de outros Tribunais encaminhados a promover, com racionalidade e equilíbrio, a proteção que merecem os direitos em aparente disputa, sem debilitar as garantias que a livre expressão requer como sustentáculo do regime democrático (CIDH: *Kimel Vs. Argentina*, 2008)⁷³

Portanto, a dignidade constitucional atribuída à liberdade de expressão significa que, na “ponderação entre os direitos envolvidos, esta recebe de início um peso maior, exigindo-se que a pessoa prejudicada por uma mensagem prove o dolo ou culpa grave para conseguir êxito em uma ação ajuizada contra o meio de comunicação, ou seja, o ônus argumentativo para a restrição fica a cargo daquele que alega a violação”⁷⁴.

Cabe realçar que o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), em seu Art. 18, isenta o provedor de conexão à internet de responsabilidade civil por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Isso porque prevaleceu o entendimento de que eles são meros canais e por isso não têm a possibilidade de controlar o conteúdo criado e divulgado pelos seus usuários.

Já no art. 19, trouxe previsão geral no sentido de que os provedores de aplicação de internet somente serão civilmente responsabilizados por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tornarem o material indisponível no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, dentro do prazo assinalado. Essa previsão legal fixa o momento a partir do qual o provedor de aplicações de internet pode se tornar civilmente responsável pelos danos decorrentes de conteúdo criado e divulgado pelos usuários, modificando a jurisprudência que prevalecia no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o provedor de aplicações de internet seria responsável de forma objetiva ou caso não procedesse à remoção após o recebimento de notificação extrajudicial encaminhada por quem se sentisse lesionado/incomodado com o conteúdo (*notice and take down*)⁷⁵.

www.article19.org/data/files/medialibrary/1214/Camden-Principles-PORTUGUESE-web.pdf>. Acesso em: 16 set. 2017.

72 BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 21. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/6-direito-a-liberdade-de-expressao>>. Acesso em: 25 set. 2017. p. 21.

73 BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 21. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/6-direito-a-liberdade-de-expressao>>. Acesso em: 25 set. 2017. p. 279.

74 STROPPIA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFSM)*, v. 10, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19463/pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

75 Sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da responsabilização civil dos provedores de aplicação, conferir nesta mesma edição: COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. *Ciberespaço e conteúdo ofensivo gerado por terceiros*: a proteção dos direitos de personalidade e a responsabilização civil dos provedores de aplicação, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v.7, n.3, 2017.

Parece-nos, portanto, que o legislador adotou o entendimento de uma “presunção de inconstitucionalidade” de medidas de controle de conteúdo feitas diretamente pelos usuários sem passar por uma ponderação judicial entre os bens constitucionalmente protegidos como, por exemplo, direitos de personalidade. Em outras palavras, houve a prevalência pela efetividade do direito de expressão, sem prejuízo de ordem judicial para a retirada de conteúdo e, apenas a partir do descumprimento da referida ordem, há possibilidade de responsabilização do provedor de aplicação.

A seção seguinte analisa julgamentos do Supremo Tribunal Federal relacionados ao discurso de ódio na internet e a possibilidade de imposição de limites a esse tipo de discurso.

4. MÉTODOS E TÉCNICAS UTILIZADOS NA PESQUISA JUNTAMENTE AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O EXERCÍCIO E OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS VERSUS DISCURSO DE ÓDIO NA VISÃO DA CORTE

Os métodos e técnicas utilizados para a elaboração do presente artigo foram semelhantes ao que foi proposto no projeto de pesquisa principal da qual decorre este trabalho. Para tanto, foram pesquisadas no *site* do Supremo Tribunal Federal ações relacionadas com a temática do discurso de ódio nas redes sociais. O recorte temporal da pesquisa compreendeu o período de 05 de outubro de 1988 a 31 de dezembro de 2016 — recorte temporal semelhante ao da pesquisa principal.

A pesquisa foi realizada no mês de setembro de 2017, no portal do Supremo Tribunal Federal, onde há um sistema de pesquisa de jurisprudência por meio de palavras-chave.

A pesquisa realizada no site do STF utilizou os termos “discurso de ódio” e “hate speech”. Os mesmos argumentos foram utilizados em solicitação de pesquisa jurisprudencial à Seção de Pesquisa de Jurisprudência do próprio Supremo.

Com esses termos, a pesquisa retornou com 9 (nove) referências. Considerando a leitura dos documentos localizados e o objetivo deste artigo — analisar decisões do STF relacionadas ao discurso de ódio nas redes sociais — selecionaram-se, para análise 2 (duas) ações: o HC 109676 e a Rcl 11292, conforme Quadro 1.

As outras 7 (sete) referências foram excluídas da análise, pois não integram o escopo do artigo. O RE 898450 foi excluído da análise pois a expressão discurso de ódio apareceu na busca apenas na indexação do acórdão, o RHC 135825 não está relacionado à temática da liberdade de expressão, no RE 683751 a expressão está contida em uma referência bibliográfica da decisão, a Rcl 15887 tratou do direito a reunião e de manifestações públicas, o RE 638565 tratou do discurso de ódio em notícia jornalística, o MI 4733 foi excluído da análise por não haver decisão proferida no processo e a AC 2685 proferida no RE 638565, em que o termo constou em referência bibliográfica, como mencionado.

Apesar de não ter o termo indexado na pesquisa realizada no site do STF, no Brasil, a discussão sobre o discurso de ódio — atrelado a um conteúdo racista — ocorreu, em 2003, no julgamento do HC 82.424-2 em que houve a condenação de Siegfried Ellwanger, escritor e sócio da empresa Revisão Editora Ltda., pelo crime de racismo em virtude de ter sido autor de obras com conteúdo racista, antissemita e discriminatório. Fixou-se, nesse julgamento, que a liberdade de expressão não protege manifestações de cunho antissemita, que devem ser rechaçadas⁷⁶. Apesar de ser considerado um caso paradigmático na jurisprudência do STF, o caso Ellwanger não será analisado no presente trabalho, pois não tratou do discurso de ódio nas redes sociais.

76 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus*. Publicação de livros: antissemitismo. Racismo. Crime imprescritível. Condição. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. *Habeas corpus* 82.424-2. Rel.: Min. Moreira Alves. Data do julgamento: 17/09/2003. DOU 19/03/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 04 jul. 2014.

O quadro abaixo apresenta as ações analisadas no presente trabalho:

Quadro 1 – Ações pertinentes à temática discurso de ódio nas redes sociais localizadas em pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal e juntamente à Seção de Pesquisa de Jurisprudência

<p>Ação: HC 109676/Rio de Janeiro Impetrante: Eduardo Banks dos Santos Pinheiro Paciente: Vital da Cruz Mendes Curto Objeto: Inconstitucionalidade do § 3º do artigo 140 do Código Penal Tempo: ajuizamento: 03/08/2011/decisão liminar: não /definitiva: 11/06/2013. Relator: Luiz Fux Decisão: Unânime (x) Maioria () Monocrática () Turma (X)</p>
<p>Ação: Rcl 11292 Reclamante: Projeto Esperança Animal Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Objeto: Cassação do acórdão reclamado por violação ao entendimento adotado por esta Corte na ADPF 130 Intimado: Os Independentes Liminar: sim. Tempo: ajuizamento: 21/02/2011 decisão liminar: 28/02/2011 definitiva: pendente Relator: Roberto Barroso/Joaquim Barbosa Decisão: Unânime () Maioria () Monocrática (X)</p>

Fonte: elaborado pelos autores com base na pesquisa realizada no site do Supremo Tribunal Federal e juntamente à Seção de Pesquisa de Jurisprudência.

Para a análise do objetivo específico da presente pesquisa, o método utilizado foi o indutivo, analisando-se as ementas, acórdãos, relatórios e votos dos relatores. Na proposta da pesquisa principal, essa questão foi evidenciada, indicando-se que especial atenção na análise seria conferida à ementa e ao acórdão, pois considera-se que esses documentos expressam “os únicos dois produtos coletivos do processo de decisão”⁷⁷ (tradução nossa⁷⁸) do Supremo.

Ademais, reconhece-se, também, que ao relator são atribuídas inúmeras funções decisórias, como: ordenar e dirigir o processo, submeter questões de ordem ao plenário, determinar as medidas em caráter de urgência, com apreciação *ad referendum* do colegiado, pedir dia para julgamento dos processos quando já tiver proferido o seu voto. Ainda pode arquivar ou negar recurso intempestivo, incabível ou que contraria jurisprudência do tribunal, dentre outras funções.

Para a análise dos julgados, considerou-se: quem foi o proponente da ação; qual o pedido/objeto da ação; a época do ajuizamento e a efetiva decisão proferida; decisão consensual ou não, ou em outros termos, se a decisão foi tomada de forma unânime ou por maioria de votos. Na análise das ações, os argumentos dos Ministros relatores foram reproduzidos em trechos e na íntegra.

A metodologia de trabalho está alinhada ao que foi definido por Maria Bucci como “família de casos” ou “casotecas”, pois o “tratamento sistemático de políticas públicas em conjuntos de casos comparáveis visa conferir profundidade ao método”⁷⁹.

É ainda salutar ressaltar que trabalhos e pesquisas jurídicas invariavelmente não fazem um recorte específico em relação às decisões jurisprudenciais a serem analisadas, utilizam-se, costumeiramente, de casos esparsos e isolados. O presente trabalho procurou sistematizar decisões do Supremo relacionadas ao discurso de ódio nas redes sociais, no período compreendido de 05 de outubro de 1988 a 31 de dezembro de 2016,

77 SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberation. *IJCL*, v. 11, n. 3, p. 557-584. 2013. p. 568.

78 No original: “the only two collective products of this decision-making process”.

79 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 296.

conforme já mencionado, esperando contribuir, dessa forma, com a produção do conhecimento científico acerca de decisões do Supremo Tribunal Federal em casos relacionados ao discurso de ódio nas redes sociais.

4.1. HC 109676

De acordo com o relatório do ministro Luiz Fux, “ao paciente foi imputada a prática do crime previsto no artigo 140, § 3º, do Código Penal (Crime de Injúria, consistente na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência (redação dada pela Lei nº 10.741/2003)”, pois o paciente “teria chamado o Desembargador Luiz Zveiter de ‘Judeu de merda’ em manifestação veiculada via internet”.⁸⁰

A Ementa da decisão do colegiado da Turma do STF dispôs, dentre outras questões, que “o legislador ordinário atentou para a necessidade de assegurar a prevalência dos princípios da igualdade, da inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas para, considerados os limites da liberdade de expressão, coibir qualquer manifestação preconceituosa e discriminatória que atinja valores da sociedade brasileira, como o da harmonia interracial, com repúdio ao discurso de ódio.”⁸¹ Esse trecho da ementa acerca do discurso de ódio é uma repetição de fragmento do voto do ministro relator baseado na obra bibliográfica de Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, denominada Curso de Direito Constitucional, editado pela Editora Saraiva.

O Acórdão, por sua vez, indica que “por unanimidade de votos”, a Turma denegou “ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator”.⁸²

Verifica-se, no caso, que o crime de injúria racial fora cometido via internet, mais especificamente, em portal de loja maçônica presidido pelo ofendido. A temática do discurso de ódio foi muito pouco explorada na decisão da turma, configurando apenas em decorrência de uma citação bibliográfica. No entanto, na decisão, a Turma reconhece expressamente a existências de limites constitucionais para a liberdade de expressão, repudiando-se o discurso de ódio.

4.2. Rcl 11292

No relatório da decisão monocrática, em sede de liminar, o então ministro relator Joaquim Barbosa aduz que “o objetivo da ação em referência (que tramitou na Justiça Estadual Paulista, acréscimos nossos) foi silenciar denúncia de maus tratos de animais em rodeios promovida pelo reclamante por meio de seu sítio na rede mundial de computadores.”⁸³

Dentre outros pedidos acolhidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, reclamado na ação, ficou consignada a vedação para “que a Ré (ora reclamante, acréscimo nosso) vincule, por qualquer meio, especialmente a Internet, o Clube Autor (Os Independentes, acréscimo nosso) ou a Festa do Peão de Boiadeiro de Barretos, com tortura ou maltrato de animais”.⁸⁴

A reclamação, de acordo com o ministro relator, “pretende obter, no mérito, a cassação do acórdão

80 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 109676*. Rel.: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: DOU 22/11/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=185401768&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

81 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 109676*. Rel.: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: DOU 22/11/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=185401768&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

82 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 109676*. Rel.: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: DOU 22/11/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=185401768&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

83 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 11292*. Rel.: Min. Joaquim Barbosa. Data do julgamento: DOU 03/03/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4033013>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

84 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 11292*. Rel.: Min. Joaquim Barbosa. Data do julgamento: DOU 03/03/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4033013>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

reclamado por violação ao entendimento adotado por esta Corte na ADPF 130, rel. min. Carlos Britto, Pleno, DJe 06.11.2009, uma vez que a condenação proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo equivaleria a ordem de censura prévia.”⁸⁵

No voto, o ministro Joaquim Barbosa, entendendo que o acórdão da justiça paulista afronta a decisão proferida na ADPF 130, se manifesta no sentido de que “Salvo raríssimas exceções — penso, por exemplo, na proibição do discurso do ódio existente em várias democracias —, não cabe ao Estado, nem mesmo ao Judiciário, proibir ou regular opiniões”, alegando ainda que “há espaço suficiente para diferentes opiniões na esfera pública e é importante para a democracia brasileira que continue assim.”⁸⁶ Com esses argumentos, o ministro relator defere a liminar suspendendo os efeitos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Nesse caso, em sede de decisão liminar monocrática, verifica-se, novamente, que o STF não enfrentou, de forma aprofundada e detalhada, a temática do discurso de ódio, no entanto, na Rcl 11292, a decisão liminar indica, mesmo que sutilmente, que caberia ao Estado e ao Judiciário proscriver o discurso de ódio. A despeito disso, o ministro entendeu que não havia ofensas nas manifestações da reclamante e, por esse motivo, deferiu a liminar, suspendendo a proibição imposta pelo TJSP.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo buscou analisar como o STF se posicionou diante de casos que envolvem o discurso de ódio veiculado nas redes sociais em ambiente virtual. A pesquisa frisou a necessidade de uma conceituação criteriosa para a qualificação de uma mensagem como sendo de ódio, destacando o viés segregacionista, discriminatório e de instigação dos leitores/ouvintes, não somente para propagar/espreiar os discursos discriminatórios, mas para a prática de ações violentas em face de grupos vulneráveis. Diversos, como visto, devem ser os aspectos ponderados para qualificar um discurso como de ódio, pois tal qualificação pode ensejar a exclusão deste do âmbito protetivo da liberdade de expressão.

No entanto, a pesquisa realizada no *site* do Supremo Tribunal Federal sugere, considerando-se o baixíssimo número de casos apreciados pela Corte que foram encontrados, que a temática do discurso de ódio nas redes sociais ainda não compõe a pauta do Supremo, sendo necessário um maior repertório de casos para se extrair uma linha mestra de interpretação do tribunal.

O baixo número de casos encontrados também pode sugerir uma falha na indexação de processos que, eventualmente, discutiram o discurso de ódio *online*, mas que não foram selecionados na busca, situação que dificulta sobremaneira a realização de pesquisas no STF, sugerindo-se um aprimoramento na indexação dos termos de pesquisa, tanto no *site* quanto na seção de pesquisa de jurisprudência do STF.

A despeito dessas dificuldades, a pesquisa indica uma tendência do STF em não admitir o discurso de ódio nas redes sociais, tendo em vista a manutenção da condenação do paciente no caso do HC 109676, bem como a orientação expressa, na Rcl 11292, no sentido de que não cabe ao Estado, nem mesmo ao Judiciário, proibir ou regular opiniões, salvo nos casos de discurso de ódio.

Essas observações permitem indicar, também, uma inclinação do STF, nos casos relacionados ao discurso de ódio, de seguir as normativas internacionais, de inspiração europeia, que se aproximam da Teoria Democrática acerca da liberdade de expressão, protegendo-se a dignidade da pessoa humana, afastando-se,

85 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 11292*. Rel.: Min. Joaquim Barbosa. Data do julgamento: DOU 03/03/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4033013>>. Acesso em: 30 nov.2017.

86 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 11292*. Rel.: Min. Joaquim Barbosa. Data do julgamento: DOU 03/03/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4033013>>. Acesso em: 30 nov.2017.

desse modo, das orientações da Suprema Corte Norte Americana, de concepção libertária, orientação essa seguida quando da decisão da ADPF 130.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, André Augusto Salvador. Políticas Públicas de Comunicação Social e Liberdade de Expressão: os Casos da Argentina, Bolívia, Equador e Venezuela. *Cadernos PROLAM/USP*, São Paulo, ano 11, v. 1, p. 130-140, 2012.

BRASIL. *Lei n. 12.965*, de 23 abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm> Acesso em: 05 out. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 21. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/6-direito-a-liberdade-de-expressao>>. Acesso em: 25 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 11292*. Rel.: Min. Joaquim Barbosa. Data do julgamento: DOU 03/03/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4033013>>. Acesso em: 30 nov.2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 109676*. Rel.: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: DOU 22/11/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=185401768&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus*. Publicação de livros: antissemitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. *Habeas corpus* 82.424-2. Rel.: Min. Moreira Alves. Data do julgamento: 17/09/2003. DOU 19/03/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 04 jul. 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. *Ciberspaço e conteúdo ofensivo gerado por terceiros: a proteção dos direitos de personalidade e a responsabilização civil dos provedores de aplicação, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v.7, n.3, 2017.

COSTA, Thales Moraes da. Conteúdo e alcance da decisão do STF sobre a lei de imprensa na ADPF 130. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 10, p. 119-154, 2014.

COUTINHO, D. R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos A. P. de (Org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: UNESP; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013. p. 181-200.

ESTADOS UNIDOS. *Declaração de direitos do bom povo da Virgínia, de 16 de junho de 1776*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-irg%C3%A9nia-1776.html>> Acesso em: 23 jun. 2017.

FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA, Aluizio. *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição Brasileira*. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002.

MONTEIRO, Marco Antonio Correa. *Tutela constitucional da liberdade de imprensa*. 2012. Tese. (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MORAES, Geórgia. A tensão entre liberdade de expressão e direito à informação: empecilho à elaboração de políticas públicas de comunicação. In: RAMOS, M. C; SANTOS, S. (Org.). *Políticas de comunicação: buscas teóricas e práticas*. São Paulo: Paulus, 2007.

OLIVA, Thiago Dias. *O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão no Brasil*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-14122015-093950/pt-br.php>>. Acesso em: 20 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, 1965. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimi.htm>>. Acesso em: 15 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração e Programa de Ação adotados na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata*. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Declaracao_Durban.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 15 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 15 set. 2017.

PRINCÍPIOS de Camden sobre Liberdade de Expressão e Igualdade. Londres: Artigo 19, 2009. Disponível em: <<https://www.article19.org/data/files/medialibrary/1214/Camden-Principles-PORTUGUESE-web.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2017.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, 2007. Disponível em: <[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LIBERDADE_DE_EXPRESS_O_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LIBERDADE_DE_EXPRESS_O_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO%20(1).pdf)>. Acesso em: 15 set. 2017.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão*. Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. 2009. 248f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SILVA, Rosane Leal da et al. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. *Rev. direito GV [online]*, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 445-468, dez. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo>>.

php?pid=S1808-24322011000200004&script=sci_abstract&tlng=pt >. Acesso em: 10 set. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberation. *IJCL*, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

STROPPIA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFMS)*, v. 10, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19463/pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

SUNSTEIN, Cass. R. *Democracy and the problem of free speech*. New York: The Free Press, 1995.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira. *Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa: Uma Proposta de Reformulação do Papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão*. 2010. 266f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Análise comparada de estratégias de enfrentamento a "revenge porn" pelo mundo
Comparative analysis of strategies to face "revenge porn" around the world

Natália Neris

Juliana Pacetta Ruiz

Mariana Giorgetti Valente

Análise comparada de estratégias de enfrentamento a “revenge porn” pelo mundo*

Comparative analysis of strategies to face “revenge porn” around the world

Natália Neris**

Juliana Pacetta Ruiz***

Mariana Giorgetti Valente****

* Recebido em 31/10/2017

Aprovado em 09/12/2017

** Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DireitoGV). Bacharel em Gestão de Políticas Públicas pela Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo (EACH-USP). É membro do Núcleo de Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (NDD/CEBRAP) e do Grupo de Estudos e Pesquisas das Políticas Públicas para a Inclusão Social da Universidade de São Paulo (GEPPIS/USP). Atualmente é coordenadora de pesquisa da área “Desigualdades e Identidades” do InternetLab - Centro de Pesquisa em Direito e Tecnologia. Email: natalia.neris@internetlab.org.br

*** Graduada em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Fez parte da Escola de Formação na Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP (2013) e da Clínica de Direitos Humanos Luiz Gama (2012-2013), sendo a última vinculada à FDUSP. Realizou intercâmbio acadêmico de graduação na Paris School of International Affairs (PSIA) na Sciences Po Paris com ênfase nas áreas de gestão pública e desenvolvimento internacional (2014-2015). Email: juliana.ruiz@internetlab.org.br

**** Doutoranda e mestre em Sociologia Jurídica pela USP. Foi pesquisadora visitante na Universidade da Califórnia, Berkeley entre 2016 e 2017. Coordenou, em 2015 e 2016, o Núcleo de Direito, Internet e Sociedade, também na USP (NDIS). Entre 2014 e 2016, foi pesquisadora e consultora do projeto Acervos Digitais, no Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV, onde também co-coordenou o projeto Open Business Models, sobre direitos autorais e música na era digital (2012-2014), e foi professora do curso Direitos Intelectuais (2014), na graduação em direito. Pela FGV, foi também uma das coordenadoras legais do projeto Creative Commons Brasil. Desde 2008, é membro do Núcleo Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap). Email: mariana@internetlab.org.br

RESUMO

O trabalho consiste em investigação sobre o tratamento da *disseminação não consentida de imagens íntimas* (do inglês *non-consensual intimate images* – NCII, mais conhecido como “revenge porn”). Por meio da *pergunta* “como se dá a regulação/tratamento da disseminação não consentida de conteúdo íntimo em diferentes países do mundo?”, mapearam-se diferenças e semelhanças entre o tratamento do fenômeno em vinte e sete países, incluindo o Brasil, e a forma como as instituições enxergam-no e como respondem a ele. Adotando como *fontes de pesquisa* documentos legais oficiais (leis, projetos de lei, decisões judiciais, relatórios emitidos por órgãos governamentais), artigos acadêmicos sobre o tema, consultas a organizações internacionais e artigos em revistas e jornais locais, a *metodologia* adotada foi desenvolvida a partir dos métodos funcional (*functional method*) e do direito em contexto (*law-in-context method*) de acordo com classificação proposta por Hoecke (2015) para trabalhos de direito comparado. A análise indica uma tendência predominante de criminalização da conduta, e, no presente artigo, além de apresentar tais *resultados*, apontamos soluções alternativas à criminalização, adotadas por alguns países, na via políticas públicas. A sistematização dessas respostas, que normalmente se encontram esparsas e sua discussão crítica faz-se fundamental para que o problema — que fica evidente, está presente em diferentes contextos — seja enfrentado considerando sua complexidade, tanto do ponto de vista das relações de gênero quanto da garantia dos direitos digitais.

Palavras-chave: Pornografia de vingança. Pesquisa comparada. Gênero. Internet. Intimidade. Privacidade.

ABSTRACT

This paper consists of an investigation into the treatment of non-consensual dissemination of intimate images – NCII (better known as “revenge porn”). By attempting to answer the *question* “how does the regulation / treatment of unauthorized dissemination of intimate content occur in different countries?”, differences and similarities in the treatment of this issue

were mapped in twenty-seven countries, including Brazil, and how their institutions face and respond to it. The *sources* used to address those points were legal official documents (statues, codes, law bills, judicial decisions, reports by governmental entities), academic articles, consultation to international organizations and international media articles. The *method* was developed from the *functional* and *law-in-context* methods according to Hoecke's (2015) classification for comparative law work. The analysis of the results indicates a predominant tendency of criminalization as a primary response for this issue, and in this article, in addition to presenting such *results*, we highlight some solutions that differ from this tendency and contemplate public policy in a more broader sense. The systematization of responses (that are often sparse) and their critical discussion is essential to face this problem, considering its complexity from both the point of view of gender relations and the guarantee of digital rights.

Keywords: Revenge porn. Comparative research. Gender. Internet. Intimacy. Privacy.

1. INTRODUÇÃO

O termo *revenge porn* (ou pornografia de vingança) ganhou grande popularidade internacionalmente a partir dos anos 2010, e é geralmente definido como o ato de um ex-parceiro tornar imagens ou vídeos íntimos de teor sexual públicos *online*. No Brasil, a partir de 2013, o termo ganhou a esfera pública. Duas adolescentes, em dois extremos do país, suicidaram-se em um intervalo de dez dias, depois de terem sido expostas.¹ ²Os casos mobilizaram o país, levantando debates na mídia, entre ativistas feministas, e propostas no Congresso Nacional Brasileiro³.

Em outros contextos, os exemplos desse tipo de violência são inúmeros: em 2007, no Chile, uma jovem foi filmada por um terceiro durante ato sexual após consumir álcool e maconha (que teria causado efeitos adversos nela, já que tomava psicofármacos) e esse vídeo foi publicado em diversos sites. A menina foi expulsa do colégio, seus dados pessoais e de seus familiares divulgados durante anos após o acontecimento, o que fez com que desenvolvesse depressão e tentasse suicídio uma vez. Nos Estados Unidos, em 2010, foi criado um website cujo objetivo era hospedar imagens tiradas sem consentimento de pessoas reais (na maioria das vezes, mulheres), e, em que, em algumas circunstâncias, eram também disponibilizadas suas informações pessoais.⁴ O mesmo ocorreu no Canadá entre o final de 2012 e início de 2013, com as jovens Rehtaeh Parsons e Amanda Todd. Rehtaeh foi abusada sexualmente aos 15 anos em uma festa, e as imagens desse episódio foram divulgadas na internet, o que fez com que passasse a receber de colegas diversas mensagens com conteúdo sexual. Amanda sofreu ameaças de ter disseminadas fotos nas quais mostrava os seios. Em 2012, na Espanha, uma vereadora teve vídeo íntimo disseminado e acabou por renunciar a seu cargo. No Malawi, em 2008, um homem gravou cenas íntimas com várias mulheres, sem consentimento, e as imagens foram divulgadas por um técnico de informática que ficou responsável pelo conserto de seu computador.

1 Giana Fabi de Veranópolis, interior do Rio Grande do Sul, e Julia Rebeca, de Parnaíba, litoral do Piauí de 16 e 17 anos respectivamente. Ambas tiraram suas vidas por meio de enforcamento e deixaram mensagens de despedida em redes sociais. Giana postou "Hoje de tarde eu dou um jeito nisso. Não vou ser mais estorvo para ninguém" e Julia postou três mensagens: "É daqui a pouco que tudo acaba", "Eu te amo, desculpa eu n [não] ser a filha perfeita, mas eu tentei. Desculpa desculpa eu te amo muito..." e "E tô com medo mas acho que é tchau pra sempre". APUBLICA. *Como num sonho ruim*. Disponível em: <<http://apublica.org/2013/12/6191/>>.

2 VIANA, Janile Lima et al. O cyberbullying e os limites da liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Políticas*, v. 7, n. 3, 2017 também apresentam tais casos - bem como do caso Rehtaeh Parsons, ocorrido no Canadá e, que tratamos adiante - da perspectiva da violação de direito de personalidade e como uma situação típica de cyberbullying.

3 Realizou-se pesquisa sobre o contexto brasileiro e por meio de análise de jurisprudência, estudo das principais propostas legislativas sobre o tema e entrevista com operadores do direito e ativistas elaboramos diagnóstico sobre a questão. Os resultados do estudo são explicitados em VALENTE, Mariana Giorgetti et al. *O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil*. São Paulo: InternetLab, 2016.

4 FRANKS, Mary Anne. *Revenge Porn' Reform: A View from the Front Lines*. Florida Law Review, University of Miami Legal Studies Research Paper, 2018, p. 4. No prelo. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2853789>>

No Uruguai, no verão de 2013, houve a disseminação em sites e por mensagens no aplicativo WhatsApp de pelo menos quatro vídeos de jovens no acampamento de Santa Tereza.

Trata-se, portanto, de um fenômeno mundial, que pode tomar várias formas — o que faz com que seja importante colocar que, diversas vezes, não há propriamente a figura de um ex-parceiro que tenha motivações para uma “vingança” contra a antiga parceira, ou uma imagem “pornográfica”. Por essa razão, acreditamos que a expressão “disseminação não consentida de imagens íntimas” (*non-consensual intimate images*— NCII) seja mais apropriada.

A popularidade do fenômeno e os danos inestimáveis para as vítimas — depressão, isolamento social, *bullying*, deslocamentos forçados e até mesmo suicídios — fizeram com que o assunto fosse debatido na esfera pública por diferentes atores, e que governos fossem provocados a buscar saídas legais.

Neste artigo, buscamos mapear tais respostas. A pergunta norteadora do trabalho é, portanto: *como se dá a regulação ou o tratamento jurídico da disseminação não consentida de conteúdo íntimo em diferentes países do mundo?*

Por meio da análise das soluções propostas por vinte e sete países (incluindo o Brasil), por meio de metodologia que apresentaremos adiante, cumprimos dois objetivos importantes do ponto de vista da produção de conhecimento: (i) concentramos informações esparsas que podem vir a se constituir como importante fonte inicial para pesquisas de maior fôlego, e (ii) explorando como diversos sistemas legais lidam com o tema, podem-se mapear soluções criativas para o enfrentamento do problema em contextos diversos.

O trabalho divide-se em três seções, além desta introdução e conclusão: na primeira, apresentamos metodologia da pesquisa e chaves/categorias de análise do material; na segunda, trazemos os principais resultados empíricos; por fim, na terceira, apresentamos alternativas ou respostas estatais que exploram vias não penais de minimização dos efeitos do problema.

2. METODOLOGIA

2.1. Breves notas sobre metodologia em direito comparado

Há várias possibilidades de empreender-se pesquisa em direito comparado. Van Hoecke (2015) faz uma compilação das ferramentas mais utilizadas para conduzir pesquisas no campo — bem como suas críticas —, e apresenta cinco grandes caminhos metodológicos: (i) método funcional (*functional method*); (ii) método analítico (*analytical method*); (iii) método estrutural (*structural method*); (iv) método histórico (*historical method*) e (v) método direito em contexto (*law-in-context method*). A adotar a categorização do autor, este trabalho faz uso do método funcional (*functional method*) e do direito em contexto (*law-in-context method*).

O *método funcional* consiste em olhar para um problema social específico (em nosso caso, a disseminação não consentida de conteúdo íntimo) e as formas encontradas por diferentes jurisdições para sua resolução. Comparam-se então as formas encontradas para buscar apontar diferenças e semelhanças entre as abordagens.

De acordo com Van Hoecke (2015), o método funcional é utilizado há bastante tempo, mas tem sido alvo de diversas críticas por, em algum nível, assumir que diferentes localidades enfrentarão os mesmos problemas. Essa assunção pode se tornar problemática quando se analisa países com contextos históricos, culturais e sociais muito distintos. Levando essa dificuldade em consideração, lançamos o olhar para o contexto cultural de cada país analisado na pesquisa, especialmente em relação a percepções de gênero e violência de gênero. Também procuramos ir além da análise e interpretação do texto legal puro, como demanda o método “*direito em contexto*”, procurando entender, mesmo que limitadamente, como as leis são realmente

entendidas e aplicadas em seu contexto legal. Para isso, contamos com fontes secundárias, como artigos acadêmicos e artigos de jornais.

Dessa forma, tivemos como *fontes* em nossa pesquisa: (i) *documentos legais oficiais* (fontes primárias, como leis, projeto de lei, decisões judiciais, relatórios emitidos por órgãos governamentais); (ii) *artigos acadêmicos* sobre o tema; (iii) *consultas a parceiros internacionais* sobre o tema em sua região; (iv) *artigos em revistas e jornais locais*.

A fim de contornar um dos maiores limites de pesquisa em direito comparado — a barreira linguística — quando não havia produção normativa em português, inglês, espanhol e francês, consultamos fontes secundárias, como comentários acadêmicos e traduções e consultamos também parceiros internacionais.⁵

2.2. Caminho metodológico da pesquisa

A fim de uma primeira aproximação ao campo, utilizamo-nos como ponto de partida a compilação da Wikipedia⁶ em inglês, que elenca discussões sobre *revenge porn* (independente de terem legislação específica ou não). Por meio dessa primeira busca, deparamo-nos com remédios legais nos Estados Unidos (a depender do estado, a discussão pode tomar rumos distintos), Austrália (também a depender da província), Canadá, Reino Unido, Irlanda do Norte, Filipinas, Israel e Japão.

Essa etapa, de caráter exploratório, foi dividida em *duas partes*: busca independente e consultoria com parceiros em outros países. *Na primeira etapa*, buscamos fontes sobre cada um desses países elencados em sites oficiais de governo e por artigos acadêmicos com as palavras chave e combinações: “pornografia de vingança”, “revenge porn”, “revenge porn + nome do país”, “difusão de imagens íntimas + nome do país”, “revenge porn + international law”. Também buscamos esses termos nos idiomas espanhol e francês. Tivemos especial preocupação em combinar esses termos com todos os países da América Latina, a África e a Ásia, a fim de avançar além do eixo anglo-saxão, e, assim, traçar diferentes aspectos dessa questão em contextos diversos. Utilizamos os termos em buscadores acadêmicos, como o, SSRN, *JStore*, *HeinOnline*, *Google Scholar* e *Academic.edu*. Quando não obtivemos resultados nesses âmbitos (como foi o caso da França e alguns países da América Latina), buscamos notícias na mídia e em sites oficiais dos governos dos países.⁷

As buscas permitiram identificar países em que essa discussão está sendo feita, a saber: África do Sul, Alemanha, Argentina, Austrália (estados de South Australia, Victoria, New South Wales, Queensland e discute-se a possibilidade de um projeto de lei federal), Camarões, Canadá (lei federal e uma regulamentação específica da província de Manitoba), Chile, Colômbia, Dinamarca, Escócia, Espanha, Estados Unidos (38 Estados), Filipinas, França, Índia, Israel, Japão, Malawi, México, Nova Zelândia, Porto Rico, Reino Unido, Uganda, Uruguai e Quênia. Incluindo o Brasil, são 27 países no total.

Na segunda etapa, contatamos parceiros internacionais (em geral membros de entidades que trabalham com gênero e tecnologia) em várias regiões do globo, para que pudessem nos oferecer informações sobre as discussões de disseminação não consentida de conteúdo íntimo, prestar esclarecimentos e confirmar nossas fontes. A consulta a especialistas da área em cada região é especialmente importante para termos acesso ao contexto legal (aplicação do método *law-in-context*).

5 Além da barreira linguística, uma das grandes dificuldades na busca de regulação da disseminação não consentida de imagens íntimas é a falta de um termo único para descrever/nomear o fenômeno. Enquanto muitos veículos de imprensa chamam de “revenge porn” ou pornografia de vingança, é difícil ver esse nome sendo utilizado pelo governo na formulação das leis, a não ser que se trate de um informativo.

6 Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Revenge_porn>. Acesso em: 20 jan. 2017.

7 Uma importante fonte de pesquisa para nós foram os diversos relatórios produzidos pela APC no âmbito do projeto “*Basta de violência: direito das mulheres e segurança online*”. Por meio desses trabalhos, tivemos acesso a informações sobre o Paquistão, Bósnia-Herzegovina, África do Sul, Nova Zelândia, Colômbia, República Democrática do Congo e Quênia — que incorporamos neste texto quando identificamos legislação sobre pornografia de vingança. Conferir: MOOLMAN, Jan et al. *Basta de violencia: derechos de las mujeres y seguridad en línea - Tecnología y violencia contra las mujeres: tendencias recientes en la legislación*. 2014. Disponível em: <<https://www.apc.org/es/node/15192/>>.

2.3. Categorias de análise

A partir da leitura de parte do material e de pesquisa realizada em âmbito nacional (VALENTE, NERIS, RUIZ, BULGARELLI, 2016), produzimos categorias de análises para sistematizar a situação dos países analisados, com base nos seguintes elementos:

- (i) Resumo da situação do país: contextualização do país no tocante a essa pauta;
- (ii) Ano (se identificável) em que lei, decisão judicial ou projeto de lei sobre o tema foi lançado.
- (iii) Resposta Jurídica: tipo de resposta dada ao problema, desde a propositura de novas leis até interpretação de leis já existentes ou emendas a essas leis;
- (iv) Proposta de resposta jurídica: destacamos aqueles países que, apesar de não terem leis promulgadas ainda, têm projetos que tratam da disseminação não consentida de conteúdo íntimo em tramitação;
- (v) Outros instrumentos legais do país: identificação dos países que regulavam a questão a partir de outros instrumentos legais, dentre os que não possuíam lei específica sobre o assunto;
- (vi) Nome da lei/instrumento/proposta;
- (vii) Trecho texto regulatório: trechos dos textos legais que tratavam do tema em cada marco legal;
- (viii) Punição pessoal: indicação da existência ou não de punição pessoal para responsável por disseminação de conteúdo íntimo;
- (ix) Responsabilização de provedor e intermediários: existência ou não de responsabilidade dos provedores ou intermediários por meio dos quais foi veiculado o objeto da NCII;
- (x) Solução extrajudicial: indicação e descrição dos casos em que soluções extrajudiciais são previstas.

Ao analisarmos os países que possuem alguma regulação (incipiente ou não) sobre a disseminação não consentida de imagens íntimas, as separamos em três categorias principais, quais sejam: **(a)** países com **leis específicas sobre o tema**; **(b)** países que dispõem de **outras leis ou leis gerais**; ou **(c)** aqueles países que possuem **projeto de lei** sobre o tema.⁸

Dentro de todas as categorias, buscamos identificar quais são as soluções dadas: se elas se concentravam na área penal, se havia soluções civis, se havia previsão de sanção contra provedores ou se havia previsão de políticas públicas para lidar com o tema. No item a seguir, apresentamos os principais resultados da análise, identificando, também, sempre que possível, as estratégias e saídas disponíveis no contexto brasileiro.

3. PRINCIPAIS RESULTADOS: A TENDÊNCIA DE CRIMINALIZAÇÃO

Tendo em vista essas categorias de análise, os países assim ficaram subdivididos entre aqueles que dispõem de:

8 Em alguns casos, há intersecção entre diferentes categorias: há países que contam com leis específicas sobre o tema e que ainda assim aplicam leis gerais e há também países que contam, simultaneamente, com lei geral e um projeto de lei específica.

Tabela 1: Divisão de países por categoria de análise⁹

Projetos de Lei	Legislação Específica	Leis Gerais
<ul style="list-style-type: none"> · África do Sul · Argentina · Austrália (âmbito nacional) · Brasil · Chile · Dinamarca · Estados Unidos (2 projetos de lei em âmbito federal, em 4 estados)¹ · México · Porto Rico · Uruguai 	<ul style="list-style-type: none"> · Austrália (Estado de Vitória, South Austrália e New South Wales) · Canadá (Lei Federal e da Província de Manitoba) · Espanha · Estados Unidos (38 de seus estados regulam a questão) · Escócia · Filipinas · França · Israel · Japão · Nova Zelândia · Reino Unido 	<ul style="list-style-type: none"> · África do Sul (PL) · Alemanha · Argentina (PL) · Austrália (Estados de Victoria, Queensland e South Australia e em âmbito federal²) · Brasil · Camarões · Canadá (L) · Chile (PL) · Colômbia (L) · Dinamarca (PL)³ · Estados Unidos (PL/L) · Índia · Japão (L) · Malawi · Porto Rico (PL) · Uganda · Uruguai (PL) · Quênia
<p>(Footnotes)</p> <p>1 Há 38 estados da federação estadunidense que criminalizam a disseminação não consentida de imagens íntimas, mas a forma com que esse delito é punido pode ser diferente de estado para estado. Atualmente, pelo menos outros 4 estados possuem projetos de lei sobre o assunto e também há um projeto de lei federal chamado <i>Intimate Protection Privacy Act</i> que criminalizaria a disseminação não consentida de imagens íntimas em todo o território nacional. Há ainda projeto de lei que já foi aprovado pela House of Representatives e segue para o Senado chamado “<i>HR 2052 – Protecting the Rights of Individuals Against Technological Exploitation Act</i>”, pelo qual emenda-se o Código Militar para proibir a divulgação de imagens sexualmente explícitas sem consentimento. Conferir: FRANKS, Mary Anne. Revenge Porn’ Reform: A View from the Front Lines. <i>Florida Law Review</i>, University of Miami Legal Studies Research Paper, 2018. No prelo. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2853789>.</p> <p>2 Os Estados de Victoria, Queensland e South Australia aplicam leis de pornografia infantil quando as vítimas são menores de idade. Há leis no âmbito federal que tratam da questão da responsabilização de intermediários.</p> <p>3 Classificamos a Dinamarca dentro do grupo dos países de projeto de lei porque seu governo, dentro de um plano de políticas públicas, afirmou que iria endurecer as penas que tratavam de disseminação não consentida de imagens, no entanto, nesse plano, está a previsão de muitas outras medidas como campanhas educativas e produção de materiais para serem utilizados nas escolas, aplicação de <i>surveys</i> periódicos no contexto escolar, planos para re-educação e instrução de agentes estatais etc. Algumas dessas medidas já começaram a ser implementadas, e as exploraremos na parte 3 deste artigo.</p>		

Há uma clara tendência para o caminho da criminalização como forma de enfrentamento da disseminação não consentida de imagens íntimas. Em relação aos 27 países (incluindo o Brasil), todos apostam ou estão em vias de apostar na via penal como principal resposta ao problema.¹⁰

Dentre os países que já dispõem de **legislação específica**, a maioria descreve a ofensa como *disseminação, publicação ou difusão de conteúdo íntimo ou sexual sem consentimento*. Usualmente, as leis são sucintas, tratando apenas da ofensa e da pena. Em apenas 3 países (Filipinas, Israel e Japão), as penas máximas ultrapassam 2

9 Na tabela 1, PL e L indicam que, além de legislação ampla, os países possuem, respectivamente, Projeto de Lei ou Lei sobre o tema

10 Identificamos em alguns contextos a possibilidade de aplicação de medidas cíveis, mas a inviabilidade de análise, por meio de nossas fontes (devido à variabilidade e natureza da ação, muitas vezes privada), permitiu que apresentássemos, com maior detalhe, apenas iniciativa alemã, descrita no item 3, adiante.

anos de prisão para os casos envolvendo vítimas maiores de idade. Normalmente, quando alguma das partes (ou ambas) é menor de idade, aplicam-se as leis referentes à pornografia infantil, que costumam envolver penas bastante altas. Juntamente à detenção, pode haver a obrigação do perpetrador de pagar uma multa.

Se considerarmos os **projetos de lei**, todos tratam da disseminação não consentida de conteúdo íntimo exclusivamente como uma questão penal, à exceção da Dinamarca. Dentre os projetos de lei, a média para as penas máximas oscilam entre 2 e 3 anos, sendo que a Argentina prevê pena máxima de 4 anos e o Chile de 5 anos. Poucos países (por exemplo, Uruguai e Porto Rico) chamam esse delito oficialmente de “pornografia de vingança”, apesar de, nas justificativas dos projetos, geralmente haver menção do crime por esse nome, certamente pela popularidade do termo.

No Brasil, o Projeto de Lei 5.555, proposto em 2013,¹¹ foi aprovado na Câmara dos Deputados, e seguiu no primeiro semestre de 2017 para o Senado Federal (atualmente PLS 18/2017), onde se encontra em tramitação. O texto aprovado na Câmara prevê (i) a inclusão da comunicação no rol de direitos assegurados à mulher pela Lei 11340/06 (Lei Maria da Penha), e reconhece que a violação de intimidade consiste em uma das formas de violência doméstica e familiar, (ii) tipifica a exposição pública da intimidade sexual na mesma Lei, e (iii) altera também o Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal) incluindo a conduta no capítulo de crimes contra a honra.¹² No Senado, o texto vem recebendo diferentes versões, e o substitutivo atual foi aprovado em 22 de novembro de 2017 na Comissão de Justiça e Cidadania.¹³ Essa versão continua com a já mencionada alteração da Lei Maria da Penha, mas inclui a conduta no Código Penal no capítulo de crimes contra a liberdade sexual, transformando-a em ação penal pública condicionada à representação¹⁴, além de também criar o tipo “registro não autorizado de intimidade sexual”¹⁵ Enquanto escrevemos, o projeto segue em regime de urgência para a aprovação do plenário do Senado.

Dentre os países que contam com **leis gerais** aplicáveis aos casos de NCII, observam-se dois grupos: os que têm e os que não têm legislação específica. Para o segundo, geralmente aplicam-se provisões de códigos criminais (como no Uruguai ou Dinamarca), que tratam de exposição indecente, crimes contra a honra ou crimes contra vida privada; disposições não penais que tratam da proteção à vida privada (como no caso do Chile e da Argentina); leis de combate de violência de gênero e contra a mulher, que às vezes contêm medidas protetivas de urgência; além das leis de contra a pornografia infantil, quando há envolvimento de menores de idade.

Nesse último caso, as penas costumam ser bastante elevadas — no Canadá, por exemplo, podem chegar a 14 anos e na Índia há a possibilidade de prisão perpétua. Usualmente, já é crime a mera posse de material sexual com menores de idade, o que faz com que, por exemplo, a prática de *sexting* entre adolescentes, por mais que não envolva disseminação, já possa ser considerada um delito. Apuramos situações em que pais encontraram fotos explícitas nos celulares e computadores dos filhos e levam-nas a autoridades, o que faz com que se discuta se, quando não há a disseminação, coerção ou ameaça, é razoável aplicar as sanções para adolescentes elaboradas para punir o que se tem no imaginário como “pedófilos”.

É importante mencionar que alguns países, como a Austrália, estabelecem que os indivíduos que cometem esse tipo de crime, além enfrentarem a pena de prisão, também são colocados em listas de *sex offenders* e podem vir a sofrer severas limitações pelo resto de suas vidas — como não poder sair de suas cidades sem avisar a polícia, serem proibidos de ter profissões nas quais tenham contato com crianças etc. Por essa razão,

11 A ele foram pensados outros 9 projetos sobre a matéria. Para conferir o teor de cada um deles, consultar: QUARTA Parte: O Legislativo e o Executivo encaram NCII. In: VALENTE, Mariana Giorgetti et al. *O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil*. São Paulo: InternetLab, 2016.

12 Comentários críticos ao texto que foi aprovado na Câmara podem ser conferidos em ANÁLISE: Projeto que criminaliza envio de ‘nudes’ no Brasil aponta para retrocessos Disponível em: <<http://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,analise-projeto-que-criminaliza-envio-de-nudes-no-brasil-aponta-para-retrocessos,70001677611>>. Acesso em: 1 out. 2017.

13 AVANÇA projeto que criminaliza vingança pornográfica. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/11/22/aprovado-projeto-que-criminaliza-vinganca-pornografica>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

14 Explicamos a implicação da natureza da ação no curso do processo na nota 20, adiante.

15 Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7230245&disposition=inline>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

algumas leis estabelecem certas exceções quando o perpetrador também é menor de idade ou possui idade muito próxima daquela da vítima.

No Brasil, a conduta vem sendo enquadrada pelo Judiciário nos artigos referentes aos *crimes contra a honra* do Código Penal (calúnia, injúria e difamação)¹⁶, e nos *crimes contra a liberdade pessoal* (ameaça¹⁷ e extorsão)¹⁸, nos casos em que o agressor, embora não necessariamente dissemine, efetivamente, o conteúdo sob sua posse, constranja a vítima. Identificamos também o enquadramento de casos nos *crimes contra a liberdade sexual* — especificamente o estupro,¹⁹ quando o constrangimento envolveu obrigatoriedade de manutenção de relações sexuais. Tais condutas podem ser combinadas com a Lei 11340/2006 (Lei Maria da Penha), caso vítima e agressor tenham vínculo afetivo.

Há também possibilidade, no Brasil, de mobilização de algumas tutelas do direito civil, como danos morais ou materiais com o estabelecimento de *obrigações de fazer* (como identificação de IPs e como retirada de conteúdos) aos provedores ou plataformas. Embora exista tal possibilidade, há que se considerar que a Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet)²⁰ no artigo 21 dispensa a necessidade de ordem judicial, exclusivamente, para os pedidos de retirada de conteúdo de *nudez ou de atos sexuais de caráter privado*, desde que o pedido venha da própria pessoa retratada, responsabilizando, subsidiariamente, o provedor de aplicações que não a remova quando demandado pelo usuário. Por fim, caso a vítima tenha menos de 18 anos e se busque responsabilização penal, é possível mobilizar a Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA).

A Lei passou por uma reforma significativa em 2008 que alterou o regramento sobre posse de material com conteúdo sexual envolvendo crianças e adolescentes — o objetivo era que houvesse mais efetividade, es-

16 Embora imaginássemos que encontraríamos uma quantidade considerável de casos enquadrados nesse tipo penal, do total de acórdãos processados penalmente (36) apenas 2 tratavam-se de injúria e/ou difamação (Artigos 139 e 140 do Código Penal) e de fato eram Recursos em Sentido Estrito, ou seja, não houve acolhimento da queixa-crime em primeira instância e a vítima insurgia-se contra a decisão (também não acolhida na segunda instância). Trabalhamos com hipóteses de caráter processual e mesmo social no que se refere a esse dado: o fato de esses crimes possuírem pena de detenção inferior a dois anos, o que faz com que sejam processados por Juizados Especiais Criminais (JECRIM) até uma questão da natureza de ação, que privada, exige que a vítima seja representada por um/a advogado/a, o que gera custos, e tem relação com questões relativas à acesso à justiça. Para aprofundamento, conferir: SEGUNDA Parte: Os processos judiciais contra indivíduos. In: VALENTE, Mariana Giorgetti et al. *O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil*. São Paulo: InternetLab, 2016.

17 Como exemplo de enquadramento nesse sentido (Artigo 147 do Código Penal), a Apelação Criminal 20140000201914, TJSP, e a Apelação Criminal 20150000264193, TJSP.

18 Os casos de extorsão (Artigo 158 do Código Penal) se mostraram bastantes comuns. Dentre eles são exemplos: Apelação Criminal 20150000455312 TJSP, Apelação Criminal 2013000534058, TJSP e Apelação Criminal 20150000024347, TJSP

19 Observamos tal enquadramento (Artigo 213 do Código Penal) no *Habeas Corpus* 20140000580371, TJSP. No caso, o ex-namorado da vítima (indiciado), utilizando-se de um perfil falso no Facebook, entrou em contato com a ofendida e ameaçou divulgar fotos íntimas desta, que havia armazenado em seu aparelho celular, na Internet, caso ela se negasse a manter relação sexual com ele. Após inúmeras ameaças, a vítima foi até a Academia e manteve relação sexual com ele, sem o seu consentimento. O ex-namorado continuou a ameaçá-la e exigir práticas sexuais. Desolada, a ofendida procurou a Delegacia de Polícia e comunicou os fatos, momento no qual recebeu um ultimato do indiciado no seu aparelho celular, onde F. ameaçava de divulgar as imagens em 12 (doze) horas, caso a ofendida não se encontrasse com ele. Na ocasião, a ofendida entregou aos policiais diversas mensagens ameaçadoras de F, passando-se por “Fernando Carlos” e contendo imagens da vítima despida e em posições sexuais. Constrangida, a ofendida se dirigiu à Academia onde o indiciado se encontrava e utilizando-se do mesmo *modus operandi*, F. mostrou as fotos íntimas para a ofendida e a puxou para o banheiro da Academia, com o intuito de manter novamente relações sexuais com ela, sem seu consentimento. Incontinenti, os policiais invadiram o banheiro e lograram prender o acusado em flagrante. Na ocasião, o indiciado, objetivando furtar-se da responsabilização penal, jogou o seu aparelho celular dentro do vaso sanitário. Apreendido o aparelho os policiais constataram que no referido objeto havia fotos nuas da vítima e mantendo relações sexuais com o denunciado. O segundo delito de estupro somente não se consumou, em virtude da pronta atuação policial, a qual impediu a prática sexual.

20 Trata-se de lei aprovada após amplo processo de debate, no ano de 2014, que estabelece direitos, garantias e que pretende uma abordagem civil, e não penal para as questões envolvendo Internet. O artigo 19 do Marco Civil da Internet determinou que os provedores de aplicações de Internet somente se tornam responsáveis por danos causados por conteúdos de terceiros após uma notificação judicial; o artigo 21 estabeleceu uma exceção: nos casos de “violação de intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado”, a responsabilidade desses provedores é subsidiária mediante mero recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal. Para mais informações sobre o processo legislativo da lei, e seu teor, ver BRITO CRUZ, Francisco Carvalho de. *Direito, Democracia e Cultura Digital: a experiência de elaboração legislativa do Marco Civil da Internet*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

pecialmente no combate à pedofilia *online*. De acordo com o próprio sumário da lei, o objetivo era aprimorar o combate tanto à venda e distribuição quanto à mera posse desse tipo de material — o que não era criminalizado, explicitamente, antes da reforma. Antes dessa reforma, o ECA já criminalizava as condutas de “produzir”, “dirigir”, “fotografar”, “publicar”, “apresentar”, “vender”, “fornecer”, “divulgar”, “publicar” imagens pornográficas, de sexo explícito ou vexatórias envolvendo crianças e adolescentes, em representações teatrais ou televisivas, ou em “fotografias ou imagens”. Previam-se já também penas para quem contracenava, no caso de representação teatral ou televisiva, com menores e, no caso de fotografias ou imagens, assegurava-se já que o crime se aplicava no caso da difusão pela “rede mundial de computadores”, e criminalizava-se, também, a conduta de agenciar ou assegurar o acesso às imagens. A reforma ampliou e detalhou sobremaneira as condutas criminalizadas em seus Artigos 241-A, 241-B, 241-C, 241-D e 241-E, incluindo, agora, então, o “possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente”, e condutas mais específicas como “transmitir” e “distribuir”. Também se criminalizou a simulação de participação de crianças ou adolescentes em cenas de sexo explícito, o que inclui a montagem ou adulteração de qualquer tipo de mídia.

Vale apontar que, em nossa pesquisa em âmbito nacional²¹, identificamos, em primeiro lugar, que a decisão por perseguir o caso criminal ou civilmente não é trivial. No caso de adultas, o enquadramento dos casos como crime contra a honra implica que a vítima que deve mobilizar cada passo no Judiciário, e não o Ministério Público, porque se tratam de crimes processados por *ação penal privada*.²² É, em linhas bastante gerais, semelhante ao papel que ela ocupa em uma ação civil por danos morais e materiais. Os ritos do processo penal, no entanto, são dolorosos. Algumas das entrevistas que realizamos revelaram que é comum que, após mover uma ação civil para conseguir tirar de circulação um determinado conteúdo, a vítima, frequentemente, se sente desmotivada em levar o caso adiante, especialmente porque um novo processo envolve uma nova exposição e revisitar fatos traumáticos.²³

Um outro ponto em relação às estratégias à disposição da vítima é que, muito embora o debate na esfera pública esteja amplamente focado nas alternativas penais e em possíveis mudanças no Código Penal para a punição do agressor, a aposta nessa saída não é unânime, nem mesmo no meio do movimento feminista. O estudo de caso que realizamos no Grajaú e em Parelheiros, no qual entrevistamos e mantivemos contato com coletivos e organizações atuantes nesses territórios, revelou que, no trabalho com adolescentes, em especial negros e periféricos, não se via a criminalização como estratégia desejável ou eficiente. As demandas eram voltadas à atuação de profissionais em ambientes escolares e de equipamentos públicos de saúde.²⁴

21 Há sistematização de alternativas legais para vítimas também em INTERNETLAB. *Violências de gênero na internet: diagnóstico, soluções e desafios: contribuição conjunta do Brasil para a relatora especial da ONU sobre violência contra a mulher*. 2017. Disponível em: < http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Relatorio_ViolenciaGenero_ONU.pdf>, relatório que contém também diagnóstico da situação do país e recomendações produzido como subsídio para discussão em fórum da Organização das Nações Unidas.

22 O art. 145 do Código Penal determina que os crimes contra a honra são processados por ação penal privada, isto é, procede-se mediante queixa — a vítima precisa constituir advogado ou advogada, e tem o ônus relativo a cada passo do processo penal. É diferente quando a vítima é menor de idade: todos os crimes do Estatuto da Criança e do Adolescente, incluindo os discriminados acima, que se aplicam aos casos de NCII, a ação penal é pública, ou seja, a denúncia é feita pelo Ministério Público, e a vítima não tem ônus em relação ao processo. A diferença faz-se sentir já na notificação do crime em uma delegacia: quando se trata de um crime de ação penal privada, o Boletim de Ocorrência (B.O) em si não é suficiente para se iniciar a ação penal: a vítima tem de ingressar com queixa-crime, e seu prazo é de 6 meses a partir do momento que conhece a autoria do crime. Já no caso da ação penal pública — no nosso contexto, quando NCII se dá em relação a crianças ou adolescentes — a notificação deve ser o suficiente para que se desenolem os procedimentos que resultam na denúncia pelo Ministério Público. No caso de estupro contra adultas (art. 213 do Código Penal), a ação penal é pública, mas depende de representação — uma espécie de autorização da vítima para que o Ministério Público possa dar prosseguimento à denúncia. É também o caso do crime de ameaça (art. 147 do Código Penal). A extorsão (art. 158 do Código Penal), por sua vez, é crime de ação penal pública incondicionada à representação, no modelo dos crimes previstos no ECA.

23 VALENTE, Mariana Giorgetti et al. *O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil*. São Paulo: InternetLab, 2016. p.38.

24 QUINTA parte: Estudo de caso. In: VALENTE, Mariana Giorgetti et al. *O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil*. São Paulo: InternetLab, 2016, e também em VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; BULGARELLI, Lucas. *Not revenge, not porn: analysing the exposure of teenage girls online in Brazil*. Global Information Society

4. PARA ALÉM DA CRIMINALIZAÇÃO

Considerando os dilemas que envolvem a criminalização de condutas que envolvam violências de gênero e sexualidade tanto no contexto *online* quanto *offline* — tais como as questões relacionadas ao acesso à justiça, dificuldades de produção de provas, a possibilidade de revitimização de mulheres ou mesmo de sua penalização (em contextos nos quais a mera produção de material considerado obsceno é punida, como Malawi e Uganda), faz-se fundamental mapear alternativas que não privilegiem a via penal. Nesse sentido, adiante apresentamos as iniciativas da província de Manitoba no Canadá, Nova Zelândia, Dinamarca, Alemanha e Austrália.

4.1. As Leis de Manitoba (Canadá) e Nova Zelândia

A província de **Manitoba no Canadá**²⁵ aprovou em 2016 o *Intimate Image Protection Act*,²⁶ que oferece uma série de soluções para que as vítimas de NCII consigam interromper a disseminação do material. Tais medidas incluem (i) o direito de pedir indenização — a lei define que quem distribuiu imagens íntimas sem consentimento, ou que tenha sido negligente para obter o consentimento, comete um “delito civil” (*tort*, em inglês); (ii) devolução ou destruição do material íntimo; (iii) assistência para que o material seja retirado na internet ou de outro qualquer lugar no qual possa ser visto; (iv) assistência para a facilitação da resolução de conflitos com a pessoa que detenha a posse da imagem ou que a tenha distribuído; (v) fornecimento de informações sobre remédios legais, principalmente.

O requisito para que uma pessoa possa ter acesso a esses direitos é: estar retratada em uma imagem íntima (nua, exibindo alguns dos genitais ou engajada em ato sexual) que foi retirada em um momento em que havia razoável expectativa de privacidade. O responsável por ser o “primeiro contato” com as vítimas será o programa *Cybertip.ca*, do Centro Canadense para a Proteção Infantil (*Canadian Centre for Child Protection* – C3P).

O ofendido ou a ofendida não precisa provar que teve prejuízo com a disseminação, e a lei não se aplica se as imagens foram publicadas por causa de interesse público.²⁷

Na **Nova Zelândia**, foi promulgado em 2015 o *Harmful Digital Communications Act*,²⁸ que prevê a criminalização de certos atos que causam danos por meio de comunicação digital, inclusive NCII. No entanto, além disso, a nova lei também estabelece uma agência (*Net Safe*) para ser responsável primária pela investigação e resolução de casos de comunicação digital danosa. A agência trabalha com as partes envolvidas, facilitando negociação para que se possa chegar, mais rapidamente, a soluções extrajudiciais, além de aconselhar as vítimas, providenciar orientações sobre segurança online, educar o público em geral, e colaborar com os provedores de conexão e conteúdo e demais agências governamentais para que o objetivo da lei seja cumprido. Somente mediante impossibilidade de resolução via agência, os casos são encaminhados ao Judiciário.

A *Net Safe* divulgou que, desde o começo de seus trabalhos (2016) até meados do presente ano, foram feitas mais de 900 reclamações²⁹ sobre atos de comunicação digital prejudiciais, e, dentre eles, aproximada-

Watch: Sexual rights and the Internet. 2015. p. 74-79. Disponível em: <<https://www.giswatch.org/sites/default/files/gw2015-full-report.pdf>>.

25 Vale pontuar que o Canadá possui desde 2015, em seu Código Penal, uma disposição sobre o crime de imagens íntimas, mas que a província anunciou que essas novas medidas ajudariam as vítimas a tirarem as imagens do ar mais rapidamente e obter compensação financeira. Uma manifestação oficial do governo sobre os pontos principais dessa lei. Disponível em: <<http://news.gov.mb.ca/news/index.html?item=37330>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

26 Disponível em: <<https://web2.gov.mb.ca/bills/40-4/b038e.php>>. Acesso em: 10 out. 2017.

27 Não há definição na lei do que constituiria exatamente “interesse público”.

28 Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/2015/0063/latest/whole.html>>. Acesso em: 10 out. 2017.

29 Disponível em: <<https://www.netsafe.org.nz/wp-content/uploads/2016/12/31.05.2017-Online-bullying-abuse-and-harassment-service-receives-over-900-reports-in-first-six-months.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

mente 260 envolviam NCII³⁰.

4.2. As políticas públicas da Dinamarca

A Dinamarca colocou em operação uma série de políticas públicas³¹ cujo público-alvo principal são adolescentes visto que, de acordo com um estudo conduzido pelo governo, a maior parte das vítimas e perpetradores de NCII têm entre 15 e 24 anos. Um dos objetivos da iniciativa é incentivar uma mudança de paradigma quanto ao ato de disseminar imagens. De acordo com informações dispostas em portal do governo³², almeja-se tanto a conscientização de que *é errado expor outras pessoas na rede ou quebrar sua confiança, quanto afirmar que as pessoas que têm sua imagem disseminada ou que escolhem mandar ou tirar fotos com conteúdo sexual não têm menos valor por isso, que é uma forma válida de expressão de sexualidade*.

Em portais oficiais sobre educação, foram disponibilizados materiais para que os professores abordem esse assunto com alunos de diferentes faixas etárias, e também para que conversem e orientem os pais dos alunos.³³ Em 2016, o Ministério da Educação lançou uma campanha *online* para jovens com a *hashtag* “#stopdigselv”, da qual participaram 10 YouTubers famosos, que produziram vídeos falando sobre a questão, alcançando, no total, quase 1 milhão de visualizações. Essa campanha foi realizada em parceria com a *Save the Children* e outras organizações que tratam de sexualidade.

A partir de 2017, as escolas passaram a contar com um “hotline” para se reportarem casos ou tratar de dúvidas de como lidar com casos de disseminação de imagens íntimas não consentidas. Outro plano é, no ensino fundamental, dar ênfase à educação digital e tratar de temas como ética, segurança e as consequências de dividir material próprio e de terceiros online.

Entre as políticas públicas, há ainda previsão de capacitação e treinamento de pessoas em instituições investigativas e judiciárias, para que o crime possa ser mais frequentemente reportado, bem como para que os funcionários estejam melhor preparados para atender e orientar as vítimas³⁴.

4.3. A decisão judicial da Alemanha e as políticas públicas da Austrália

A Corte Federal de Justiça da **Alemanha** (*Bundesgerichtshof*) estabeleceu, em uma decisão judicial³⁵ que ganhou destaque internacionalmente, que, ao fim de uma relação, caso alguma das pessoas tenha imagens íntimas do outro, entende-se que cessa o consentimento para a posse desse conteúdo. A Alemanha tipifica, criminalmente, o ato de “violação de privacidade íntima ao tirar fotos”, o que inclui a proibição de divulgar de forma ilegal a terceiros uma imagem, mesmo que, no momento em que ela foi tirada, houvesse consentimento. No caso em questão, a decisão determinou que o ex-parceiro apagasse as fotos.³⁶ O ex-parceiro alegava que o pedido para destruir tais fotos infringiria seu direito a exercer a profissão, visto que é fotógrafo profissional, e que as fotos foram feitas com o consentimento da ex-parceira, argumento que a Corte não

30 Disponível em: <<https://www.netsafe.org.nz/wp-content/uploads/2016/12/19-July-2017-Netsafe-warns-against-posting-revenge-porn-or-sharing-intimate-images-of-others-1.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

31 Disponível em: <<http://www.alleforenmodmobning.dk/ungdomsuddannelse/digital-kraenkelse/>>. Acesso em: 5 out. 2017.

32 Disponível em: <http://justitsministeriet.dk/nyt-og-presse/pressemeddelelser/2017/regeringen-styrker-indsatsen-mod-digittale-sexkraenkelse>. Acesso em: 25 nov. 2017.

33 Material disponível em: <http://www.emu.dk/modul/til-l%C3%A6rere-om-digital-kr%C3%A6nkelse>. Acesso em: 25 nov. 2017.

34 Disponível em: <http://justitsministeriet.dk/sites/default/files/media/Pressemeddelelser/pdf/digitale_sexkraenkelse_udspil.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2017.

35 Disponível em: <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&Seite=0&nr=73173&pos=24&anz=585>>. Acesso em 15/05/2017.

36 Nesse caso específico, não houve, efetivamente, a ameaça de ou a disseminação das imagens íntimas: uma mulher foi ao judiciário para que tivesse o direito de que, independente da situação, seu ex-companheiro não pudesse mais ter a posse de suas fotos íntimas.

acatou, levando em conta os direitos da personalidade da ex-parceira, já que imagens de conteúdo sexual são extremamente privadas; considerou, por fim, que apenas as fotos que mostrem situações do cotidiano, como férias, não estariam sujeitas a ser apagadas, pois não teriam tanto potencial em atingir a imagem e a reputação da ex-parceira, caso expostas para terceiros.

Como indica a tabela no item 2, alguns estados da **Austrália** contam com leis criminais específicas para lidar com o NCII. Em nível federal, ainda não há nenhuma regulação sobre o assunto, mas o governo lançou em 2017 a versão piloto de um portal de assistência às vítimas de “*image-based abuse*”³⁷ (que sofreram abusos pelo uso de sua imagem). O portal foi elaborado pela Secretaria do Encarregado pela Segurança Online (*Office of the e-Safety Office Commissioner*) do governo australiano, órgão que, originalmente, foi encarregado de lidar com questões ligadas ao cyberbullying (escolhido justamente por essa experiência anterior).

No site, as vítimas podem acessar informações sobre as leis aplicáveis em cada estado da Austrália, buscar ajuda jurídica (o portal não oferece assistência jurídica direta, mas conecta vítimas a quem possa prestar), auxílio para retirada de conteúdos do ar, realizar denúncia de sites ou plataformas que estejam expondo imagens com conteúdo sexual não consentido. Há ainda instruções para como se reportar à polícia, modelos de petições ou casos que tiveram sucesso no sistema judiciário australiano. Também são disponibilizados depoimentos de pessoas que passaram por esse tipo de situação, de faixas etárias e origens variadas.

Durante a versão piloto, o governo vai estudar o volume e complexidade dos casos recebidos para lançar a versão oficial no início de 2018.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho apresenta diferentes abordagens para responder a casos de disseminação não consentida de imagens íntimas pelo mundo. Os exemplos que foram levantados, bem como nossa atividade de pesquisa no Brasil, revelam que o problema tem relação direta com a vigência de uma estrutura sexista de sociedade que impõe às mulheres, principalmente, restrições ao exercício de sua sexualidade e mesmo sua punição.

As consequências da exposição da intimidade de mulheres na Internet vão de quadros depressivos a suicídios, e a gravidade dessas consequências demanda respostas urgentes. O que a investigação no contexto brasileiro e mapeamento de iniciativas em outros vinte e seis países parece revelar é que a resposta mais imediata ao problema apresentada pelo Estado é a criminalização.

Trata-se de uma alternativa importante para as vítimas, em geral, inclusive menos custosa do ponto de vista financeiro do que alternativas cívicas.³⁸ No entanto, há que se considerar que as vítimas também anseiam por alternativas outras, como o bloqueio da veiculação do material em si, a abordagens de outras ordens, inclusive preventivas.

A complexidade do problema e os variados tipos de demandas das vítimas revelam que a minimização de seus efeitos deve contar com múltiplos atores: os poderes executivos dos países, em seus diferentes níveis, em especial em áreas como educação e saúde, e o setor privado, em especial as plataformas de Internet.

A investigação no contexto brasileiro aponta que é de fato um desafio lidar com a questão via políticas públicas. Política semelhante à do governo dinamarquês, o Programa Humaniza Redes, do Governo Federal, embora esteja ainda ativo, encontra desafios de implementação e de alcance após mudanças importantes na estrutura governamental.³⁹ A tentativa de tratar da questão via políticas educacionais também enfrenta

37 Image based abuse. Disponível em: <<https://www.esafety.gov.au/image-based-abuse/>>. Acesso em 25 out. 2017.

38 FRANKS, Mary Anne. Revenge Porn’ Reform: A View from the Front Lines. Florida Law Review, University of Miami Legal Studies Research Paper, 2018. No prelo. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2853789>>

39 Quando da criação do programa, as Secretarias da Igualdade Racial, dos Direitos Humanos e das Mulheres eram independentes

resistência de grupos conservadores que compreendem a pauta da educação para a diversidade (de gênero e sexual, inclusive) como nociva a crianças e adolescentes.⁴⁰

No que se refere ao setor privado, identificamos, ao longo da pesquisa, tanto em contexto nacional quanto em perspectiva comparada, desafios no diálogo com plataformas e pouco enfoque, por parte do Estado, em legislação ou políticas públicas que envolvam intermediários.

Com a explicitação desses resultados e de iniciativas que nos parecem inovadoras, como as de Manitoba no Canadá, Nova Zelândia, Dinamarca, Alemanha e Austrália, intentou-se contribuir para uma agenda de pesquisa sobre o tema que se aprofunde nos contextos analisados, leve em conta os múltiplos fatores da questão e, principalmente, contribua para a reflexão sobre alternativas num contexto de crescente uso de Tecnologias da Informação e Comunicação e da manifestação da violência direcionada a mulheres, também *online*.

REFERÊNCIAS

BRITO CRUZ, Francisco Carvalho de. *Direito, Democracia e Cultura Digital: a experiência de elaboração legislativa do Marco Civil da Internet*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

FIALOVA, Katerina; FASCENDINI, Flavia. *Voces desde espacios digitales: violencia contra las mujeres relacionada con la tecnología - informe de síntesis*. 2011. Disponível em: <<http://www.genderit.org/es/resources/voces-desde-espacios-digitales-violencia-contra-las-mujeres-relacionadacon-la-tecnolog-in>>.

FRANKS, Mary Anne. *Drafting na Effective 'RevengePorn' Law: A Guide for Legislators*. 2015 Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2468823>ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2468823>>.

FRANKS, Mary Anne. *Revenge Porn? Reform: A View from the Front Lines*. *Florida Law Review*, University of Miami Legal Studies Research Paper, 2018. No prelo. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2853789>>.

INTERNETLAB. *Violências de gênero na internet: diagnóstico, soluções e desafios: contribuição conjunta do Brasil para a relatora especial da ONU sobre violência contra a mulher*. 2017. Disponível em: <http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Relatorio_ViolenciaGenero_ONU.pdf>.

KEE, Jac. *¿Cultivando la violencia mediante latecnología? Explorando laconexión entre tecnologías de lainformación y lacomunicación y violencia contra las mujeres*. 2006 Disponível em: <https://www.genderit.org/sites/default/upload/APC_VAW_brief.esp1.pdf>.

MALTZAHN, Kathleen. *Peligros digitales: lastecnologías de lainformación y lacomunicación y la trata de mujeres*. 2005. Disponível em: <<http://www.genderit.org/es/content/peligros-digitales-las-tecnolog%C3%ADe-informaci%C3%B3ny-comunicaci%C3%B3n-y-la-trata-de-mujeres>>.

MOOLMAN, Jan et al. *Basta de violencia: derechos de lasmujeres y seguridaden línea - Tecnología y violencia contra lasmujeres: tendencias recientes em la legislación*. 2014. Disponível em: <<https://www.apc.org/es/node/15192/>>.

e possuíam *status* de Ministério; em outubro de 2015, com a Medida Provisória 696/15, elas foram unificadas como Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos, que passou a coordenar o programa em parceria com Ministério da Cultura, Ministério da Educação, Ministério das Comunicações e Ministério da Justiça. Em 2016, foi promulgada pelo então presidente interino Michel Temer a Medida Provisória 726/16, que extinguiu o Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos (levando suas atribuições para o Ministério da Justiça).

40 A não inclusão do tema no Plano Nacional de Educação e em diversos planos subnacionais é emblemática nesse sentido.

NYST, Carly. Tecnología y violencia contra las mujeres: tendencias recientes em la legislación. In: BASTA DE VIOLENCIA: derechos de las mujeres y seguridad en línea - Tecnología y violencia contra las mujeres: tendencias recientes em la legislación. South Africa: Association for Progressive Communications (APC), 2014.

THE WOMEN'S LEGAL AND HUMAN RIGHTS BUREAU - WLB. *From impunity to justice*: Domestic legal remedies for cases of technology-related violence against women. 2015. Disponível em: <http://www.genderit.org/sites/default/upload/flow_domestic_legal_remedies.pdf>.

VALENTE, Mariana Giorgetti et al. *O Corpo é o Código*: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil. São Paulo: InternetLab, 2016.

VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; BULGARELLI, Lucas. *Not revenge, not porn*: analysing the exposure of teenage girls online in Brazil. Global Information Society Watch: Sexual rights and the Internet. 2015. p. 74-79. Disponível em: <<https://www.giswatch.org/sites/default/files/gw2015-full-report.pdf>>.

VAN HOECKE, Mark. Methodology of Comparative Legal Research. *LaMDezembro*, 2015.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Uso indevido de redes sociais
e aplicativos de mensagens
instantâneas no ambiente
laboral**

**Wrong use of social networks
and snapshots messages at
workplace**

Eloy Pereira Lemos Junior

Edmar Warlisson de Souza Alves

César Augusto de Castro Fiuza

Uso indevido de redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas no ambiente laboral*

Wrong use of social networks and snapshots messages at workplace

Eloy Pereira Lemos Junior**

Edmar Warlisson de Souza Alves***

César Augusto de Castro Fiuza****

RESUMO

O uso redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas tornou-se uma constante e veio facilitar a comunicação e troca de dados entre pessoas. No entanto, quando sua utilização envolve o ambiente de trabalho, é preciso ter cautela, pois o uso excessivo desses meios de comunicação pode gerar problemas para o empregado e empregador. Atualmente, não existe regulamentação que proíba o uso e acesso nas empresas e estas podem criar regras próprias. O presente artigo apresenta alternativas para os conflitos que possam surgir com base na análise dos direitos constitucionalmente assegurados ao cidadão. Após verificados esses elementos, concluímos que, até a elaboração de normas específicas, a melhor saída para evitar a ocorrência de conflitos envolvendo o uso dessas modernas ferramentas de comunicação social seria o estabelecimento de um código de ética pelo empregador, o que facilitaria a identificação da falta e da punição a ser aplicada. Antes de adentrar ao tema, esclarece-se que foi utilizado o método científico da pesquisa qualitativa e bibliográfica.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Relação de Trabalho. Redes Sociais. Demissão. Poderes Diretivos.

ABSTRACT

The use of social networks and snapshots messages has become a constant and has facilitated communication and exchange of data between people. However, when using the work environment requires caution, as excessive use of application can create problems for the employee and employer. There are currently no regulations that prohibit the use in companies and they can create their own rules. The aim is to present alternatives to the conflicts that arise based on the analysis of the rights constitutionally assured to the citizen. After verifying these elements, we conclude that, until the elaboration of specific norms, the best way out to avoid the occurrence of conflicts involving the use of these modern social communication tools would be the establishment of a code of ethics by the employer, which

* Recebido em 24/11/2017

Aprovado em 16/12/2017

** Professor Universitário do Mestrado e da Graduação em Direito da Universidade de Itaúna (UIT), FAGED (Divinópolis - MG), FADIPA (Ipatinga - MG) e da UNA (Belo Horizonte - MG); ex-bolsista CAPES e atual do FUNDEP/UFMG; Coordenador do Projeto Cidade Alteridade em Itaúna; Doutor em Direito Empresarial pela UFMG, Mestre e Especialista em Direito e Advogado. Avaliador de cursos do MEC. Email: eloy.junior@uol.com.br

*** Bacharel em Direito (Fundação Universidade de Itaúna, Minas Gerais). Advogado. Email: edmar_warlisson@hotmail.com

**** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Faculdade Mineira de Direito e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade FUMEC/MG. Professor colaborador na FADIPA. Advogado e consultor jurídico. Email: cesarfiuza@gmail.com

would facilitate the identification of the fault and punishment to be applied. Before entering the subject, it is clarified that the scientific method of qualitative and bibliographic research was used.

Keywords: Labor law. Work relationship. Social Network. Resignation. Directive power.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho trata da análise do uso indevido das redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas na relação de trabalho e suas possíveis consequências. Hoje é comum haver nos Tribunais discussões que envolvam o uso, por exemplo, de Facebook, Twitter, LinkedIn, WhatsApp e Messenger no ambiente de trabalho, uma vez que, ainda, não há qualquer regulamentação legal sobre o tema.

Sendo assim, objetivou-se neste trabalho apresentar a história do Direito do Trabalho, sua evolução, a relação de trabalho subordinado e os direitos fundamentais do trabalhador, para que seja possível compreender o que vem ocorrendo e o que tem sido admitido pelos tribunais em relação ao uso dessas mídias sociais.

Inicialmente, será abordada a história do trabalho humano e do Direito do Trabalho no Brasil, apresentando a evolução das Constituições, como também, a evolução infraconstitucional.

Em seguida, buscou-se apontar o significado da subordinação e a importância dos poderes diretivos do empregador para a proteção de sua atividade.

No item quatro foram abordados os direitos fundamentais do trabalhador e, em particular, a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade e à liberdade no ambiente de trabalho.

A quinta divisão do artigo busca conceituar a tecnologia, apresentando os benefícios que esta trouxe às relações sociais e a sua associação à evolução humana.

Por fim, no sexto item, foram apresentadas algumas situações em que o uso das redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas mostra-se inconveniente e prejudicial às relações de trabalho, podendo trazer sério prejuízo.

O objetivo principal deste trabalho é apresentar a possibilidade de uso ou a vedação dos *smartphones* do ambiente de trabalho, à luz dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988.

Este trabalho se valerá, essencialmente, do método bibliográfico, por meio da investigação científica por meio de doutrinas, legislações, jurisprudência e demais fontes escritas.

Busca-se apontar as divergências sobre o assunto, com o fim de possibilitar uma melhor reflexão sobre o tema, com base nos preceitos e garantias constitucionais, bem como à luz da evolução do próprio Direito.

2. Conceito e história do trabalho humano e do direito do trabalho

Para que se consiga analisar, numa visão ampla, os problemas atuais existentes nas relações de emprego, é imprescindível o conhecimento prévio do conceito de trabalho, como também, da evolução histórica do Direito do Trabalho, como será demonstrado adiante.

2.1. Conceito de trabalho e de Direito do Trabalho

O trabalho é uma figura constante em nossas vidas, entretanto, a tarefa de conceituar trabalho não é simples, uma vez que este está relacionado a diversos seguimentos.

Na história da humanidade, o trabalho confunde-se com a própria vida, uma vez que é o instrumento

utilizado pelo homem para satisfazer suas necessidades mais básicas. Em outras palavras, pode-se afirmar que o homem interage juntamente aos recursos naturais disponíveis com o propósito de buscar os meios de assegurar sua existência.

Segundo Karl Marx, “o processo de trabalho, como o apresentamos em seus elementos simples e abstratos, é atividade orientada a um fim para produzir valores de uso, apropriação do natural para satisfazer a necessidades humanas [...]”¹

Sob o ponto de vista histórico e etimológico, a palavra trabalho deriva de algo desagradável: dor, castigo, sofrimento, tortura. A origem do termo vem do latim, “tripalium”, que era uma espécie de instrumento de tortura ou canga que pesava sobre os animais. Desse modo, os nobres e os senhores feudais não trabalhavam, uma vez que consideravam o trabalho uma forma de castigo.²

Contudo, se no passado o trabalho era sinônimo de tortura, atualmente, tem a denotação de energia física ou intelectual empregada pelo homem com finalidade produtiva. Entretanto, nem toda atividade humana produtiva é objeto do Direito do Trabalho, tendo em vista que somente a realizada em prol de terceiros importa ao Direito Laboral.³

Em relação ao Direito do Trabalho, pode-se afirmar que se trata do ramo da ciência jurídica que estuda as relações jurídicas entre os trabalhadores e os tomadores de serviços, ou seja, entre os empregados e empregadores.⁴

A propósito:

[...] o Direito do Trabalho surgiu, no contexto histórico da sociedade contemporânea, a partir da Revolução Industrial, com vistas a reduzir, por meio da intervenção estatal, a desigualdade existente entre capital (empregador) e trabalho (empregado).

É exatamente daí que se extrai a principal característica do Direito do Trabalho: a proteção do trabalhador (e, notadamente, do trabalhador subordinado, que é o empregado [...])⁵

Embora seja alvo de muitas críticas, a maioria da doutrina pátria adota o entendimento de que o Direito do Trabalho é o conjunto de princípios e normas que regulam, de forma especial, as relações mediata ou imediatamente relacionadas ao trabalho remunerado livre, privado e subordinado, estando vinculado à existência dos que o executam.⁶

2.2. História do Direito do Trabalho no Brasil

As primeiras Constituições brasileiras estabeleciam apenas sobre a forma do Estado e o sistema de governo. Posteriormente, passaram a tratar de todos os ramos do Direito, inclusive do Direito do Trabalho, como ocorre, de forma semelhante, com a Constituição Federal de 1988.

A Constituição de 1824 tratou apenas de abolir as corporações de ofício, considerando que deveria haver liberdade do exercício de ofícios e profissões.

A Lei do Ventre Livre de 1871 dispôs que os filhos dos escravos nasceriam livres a partir de 28 de setembro daquele ano. Posteriormente, a Lei Saraiva-Cotegipe libertou os escravos com mais de 60 anos.

Em 1888 a famosa Lei Áurea foi assinada pela Princesa Isabel, que aboliu definitivamente a escravidão no Brasil.

1 MARX, K. *O Capital: crítica da economia política*. Tradução por Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Abril Cultural, 1985. Livro 1, v.1, t.1. (Os economistas).

2 CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

3 CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

4 RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

5 RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 46.

6 CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

Em 1891, a Constituição reconheceu a liberdade de associação.

A Constituição de 1834 foi a primeira constituição brasileira a dispor, de forma específica, acerca do Direito do Trabalho. Por influência do constitucionalismo social, a Constituição de 1834 garantia a liberdade sindical, a isonomia salarial, o salário mínimo, jornada de oito horas de trabalho, proteção do trabalho das mulheres e menores, repouso semanal e férias anuais remuneradas.⁷

Marcando uma fase intervencionista do Estado, a Constituição de 1937, que decorreu do golpe de Getúlio Vargas, tinha conteúdo corporativista, e instituiu o sindicato único, imposto por lei e vinculado ao Estado.

Em 1943 foi sancionada a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, como uma forma de reunir as diversas leis esparsas que existiam sobre assuntos trabalhistas.

A Constituição de 1946 eliminou o corporativismo estabelecido por sua antecessora, estabelecendo diversos direitos trabalhistas, como participação dos trabalhadores nos lucros (art. 157, IV), repouso semanal remunerado (art. 157, VI), estabilidade (art. 157, XII), direito de greve (art. 158) e outros direitos que se encontravam na norma constitucional anterior.⁸

A Constituição de 1967 manteve os direitos trabalhistas da Constituição de 1946, porém, com algumas modificações.

Em 1988 foi promulgada a Constituição Federal, que apresentou um importante rol de garantias dos direitos básicos do trabalhador, fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo Ricardo Resende, em que pese a ampliação das garantias e dos direitos dos trabalhadores na Constituição de 1988, o capitalismo permanece exercendo pressão, podendo ocasionar uma desregulamentação trabalhista, sugerindo a aplicação do velho dogma liberal de que a relação de trabalho deveria ser regida por um simples contrato de prestação de serviços, na forma do direito comum.

3. RELAÇÃO DE EMPREGO

Por meio do contrato firmado entre empregado e empregador, surge uma relação de emprego, todavia, para que essa relação reste caracterizada, é imprescindível a presença de cinco elementos: a prestação de serviço de uma pessoa física à outra pessoa física ou jurídica, que haja a personalidade, que a prestação de serviço não seja eventual e que ocorra mediante a subordinação do empregado ao empregador, e que seja uma relação onerosa.

Com o propósito de facilitar o estudo das hipóteses em que conflitam os direitos do empregado com os direitos do empregador pelo uso de redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas durante o horário de trabalho, será abordado neste capítulo a subordinação e os poderes diretivos do empregador, que são os principais pilares da relação de emprego.

3.1. A subordinação e o dever de obediência do empregado

A subordinação é o requisito principal para a caracterização da relação de emprego, constituindo o grande elemento diferenciador entre a relação de emprego e as demais relações de trabalho, apresentando inquestionável importância na fixação do vínculo jurídico empregatício.

7 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

8 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Na lição de Ricardo Resende:

Se, do ponto de vista histórico, a natureza da subordinação foi sempre controvertida, atualmente a doutrina e a jurisprudência adotam pacificamente a ideia de subordinação jurídica. Assim, a subordinação existente entre empregado e empregador é jurídica, tendo em vista que decorre do contrato estabelecido entre ambos (contrato de trabalho).⁹

Se, por um lado, o empregador exerce o poder de direção, podendo direcionar, objetivamente, a forma pela qual a energia de trabalho será disponibilizada, por outro lado, caberá ao empregado se submeter às ordens do empregador, fazendo surgir, desse modo, a subordinação jurídica. Segundo Ricardo Resende¹⁰, a contraposição à subordinação é a autonomia. Já quem é subordinado não trabalha por contra própria, não sendo senhor do destino de sua energia laboral.

Nesse sentido, esclarece Alice Monteiro de Barros:

Esse poder de comando do empregador não precisa ser exercido de forma constante, tampouco se torna necessária a vigilância técnica contínua dos trabalhos efetuados, mesmo porque, em relação aos trabalhadores intelectuais, ela é difícil de ocorrer. O importante é que haja a possibilidade de o empregador dar ordens, comandar, dirigir e fiscalizar a atividade do empregado. Em linhas gerais, o que interessa é a possibilidade que assiste ao empregador de intervir na atividade do empregado. Por isso, nem sempre a subordinação jurídica se manifesta pela submissão a horário ou pelo controle direto do cumprimento de ordens.¹¹

Não obstante, Ricardo Resende¹² alerta que é forçoso concluir que a submissão ao horário e ao controle direto do cumprimento de ordens não sejam imprescindíveis ao reconhecimento da subordinação, é relevante ressaltar que esses fatos não deixam de representar indícios fortes da existência da subordinação jurídica, que muitas vezes é fundamental para identificar a relação de emprego.

Maurício Godinho Delgado¹³ afirma que as dimensões objetiva e estrutural da subordinação teriam sido adotadas pelo legislador na nova redação do art. 6º da CLT, embora, de forma implícita, nos seguintes termos:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 2011)

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (grifo nosso)

Portanto, esse dispositivo faz compreender que, além da clássica noção de subordinação, por meio de ordens diretas, há a possibilidade de reconhecimento da subordinação jurídica com base em meios telemáticos e informatizados de comando, como e-mail, comunicadores instantâneos (como Skype, WhatsApp etc.), entre outros, o que, de fato, revela o reconhecimento de outras dimensões de subordinação, além da clássica.¹⁴

3.2. Poderes diretos do empregador

É cediço que o empregador conta com poderes de direção para controlar a tomada de serviços, podendo-se afirmar que todo trabalho subordinado é um trabalho dirigido.¹⁵

9 RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 112.

10 RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

11 BARROS, Alice de Monteiro de. *Curso de direito de trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 268.

12 RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

13 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Ltr, 2015.

14 RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

15 BASILE, César Reinaldo Offa. *Direito do trabalho: duração do trabalho a direito de greve*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Por meio do poder de direção, é possível ao empregador definir como serão desenvolvidas as atividades do empregado inerentes ao contrato de trabalho. O fundamento legal do poder de direção é encontrado no art. 2º, caput, da CLT, que oferece a definição de empregador:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.¹⁶

Na lição de Ricardo Resende:

O poder empregatício decorre do contrato de trabalho, consistindo no conjunto de prerrogativas conferidas ao empregador no sentido da direção da prestação dos serviços.

Portanto, o fundamento do poder empregatício é, para a doutrina amplamente majoritária, o próprio contrato de trabalho, consubstanciado em um acordo de vontades que origina a relação empregatícia e, a partir desta, faz surgir direitos e deveres para os contratantes (empregador e empregado). Neste complexo de direitos e obrigações encontra-se inserido o poder empregatício.¹⁷

Segundo a doutrina, o poder de direção compreende não apenas o poder de organizar suas atividades, mas também de controlar e disciplinar o trabalho, conforme os fins do empreendimento, podendo ser dividido em três vertentes: poder de organização, poder de controle e poder disciplinar.

Além disso, por meio do poder de organização, o empregador definirá a estrutura jurídica a ser implantada para o melhor desenvolvimento de suas atividades, mediante empresa individual, sociedade por cotas de responsabilidade limitada, por ações etc.¹⁸

Igualmente, será por meio do poder de organização que o empregador determinará o número de funcionários que precisará, além da disposição de cargos, funções, local de trabalho etc., como também, poderá regulamentar o trabalho, elaborando o regulamento da empresa.¹⁹

O poder de controle determina que o empregador tem o direito de fiscalizar e controlar as atividades de seus empregados. Desse modo, há quem defenda a possibilidade da revista dos empregados, com fundamento no direito de propriedade do empregador, desde que esta prática observe os limites constitucionais e os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Ademais, o poder de controle, também, dá direito ao empregador de verificar o cumprimento correto do horário de trabalho do obreiro etc., que tem, inclusive, amparo legal.

Ricardo Resende chama o poder de controle de “poder fiscalizatório”, e assim o define:

É o poder de vigilância em relação ao ambiente interno da empresa e a prerrogativa que tem o empregador de fiscalizar o modo de prestação dos serviços.

São exemplos do poder fiscalizatório quaisquer formas de controle do ambiente de trabalho, como revistas pessoais, monitoramento por videocâmeras, monitoramento de e-mail, detector de metais, controle de horário, entre outros.²⁰

O poder de controle e fiscalização não é absoluto, encontrando limites nos direitos fundamentais do cidadão, assegurados na Constituição Federal de 1988.

Em relação ao poder disciplinar, este é poder que o empregador tem de aplicar punições aos empregados em casos de descumprimento de suas obrigações contratuais.²¹

16 BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm > Acesso em: 14 nov. 2017.

17 RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 344.

18 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

19 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

20 RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 345.

21 RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

De fato, o poder disciplinar decorre do poder de obediência do empregado em relação às ordens efetuadas pelo empregador, considerando a subordinação jurídica estabelecida entre ambos por meio do contrato de trabalho.

Ricardo Resende²² afirma que “o problema do poder disciplinar é que seu exercício atinge, quase sempre, a personalidade do trabalhador”.

Além disso, a maioria das condutas consideradas puníveis foram taxadas pela CLT, no art. 482:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional. (Incluído pelo Decreto-lei nº 3, de 27.1.1966)²³

Além das infrações típicas do art. 482, podemos verificar outros dispositivos isolados, como o parágrafo único do art. 158 da CLT, que determina que:

Art. 158 – [...]

[...]

Parágrafo único - Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada: (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

- a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior; (Incluída pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)
- b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa. (Incluída pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)²⁴

Ressalte-se que ao empregado faltoso poderão ser aplicadas as seguintes penalidades: advertência (verbal

22 RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 349.

23 BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 14 nov. 2017.

24 BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 14 nov. 2017.

ou escrita); suspensão disciplinar (por até 30 dias); e demissão motivada (justa causa).

A advertência não tem previsão legal expressa, contudo, é aceita de forma unânime pela doutrina e pela jurisprudência, uma vez que configura punição menos gravosa ao empregado em relação às demais.

Já a suspensão disciplinar é uma pena intermediária, que, nos termos do art. 474 da CLT, não pode ser aplicada em prazo superior a 30 dias consecutivos, sob pena de caracterização da rescisão injusta do contrato de trabalho.

Por fim, a pena mais grave, que é a ruptura do contrato de trabalho por justa causa, além de extinguir o vínculo de trabalho, retira do empregado o direito às verbas rescisórias normalmente devidas em outras modalidades de rompimento contratual.

É ainda importante mencionar que não são admitidas punições como multa (com exceção do atleta profissional), que ofendam a dignidade, intimidade, a honra e o decoro do trabalhador; que consistem em ato discriminatório; e atos que, em outras circunstâncias, sejam lícitos, mas não podem ser aplicados como sanção, como é o caso da transferência.²⁵

Além disso, é imprescindível que, no momento da aplicação da pena, o empregador observe diversos requisitos, como: a tipicidade da conduta; a gravidade; a autoria; o dolo ou a culpa; a adequação entre a falta e a pena aplicada; a proporcionalidade da pena aplicada; a imediatividade ou imediatidade entre a conduta faltosa e a punição, sob pena de consideração de perdão tácito; a singularidade da pena (*no bis in idem*); a ausência de discriminação; e a gradação de penalidades, cuja observação é prudente, embora a lei não exija que as penas sejam aplicadas de forma gradativa.²⁶

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR

É cediço que o uso indevido das redes sociais no trabalho pode causar conflitos entre empregado e empregador. Entretanto, antes de abordar esses conflitos de forma específica, é fundamental discorrer acerca dos direitos fundamentais dos trabalhadores, que frequentemente são infringidos.

Ademais, para melhor compreensão do uso indevido de redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas, é necessário conhecer, previamente, os direitos à liberdade e privacidade do trabalhador, uma vez que, nem sempre, o uso da internet ou redes sociais no trabalho é errôneo.

4.1. Princípio da dignidade da pessoa humana no ambiente de trabalho

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no inciso III, do art. 1º que a dignidade da pessoa humana é um direito fundamental:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;²⁷

Portanto, o direito à dignidade é inerente a todo o ser humano e deve ser respeitado em todos os âmbitos, inclusive, nas relações de emprego, uma vez que esse princípio foi estabelecido como forma de promoção

25 RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

26 RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

27 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

dos direitos humanos e da justiça social.

Nas palavras de Luciana Cristina Souza,

Historicamente direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana não nasceram e se desenvolveram como conceitos irmãos, mas aproximaram-se e se vincularam ao longo dos últimos anos de modo perceptível. Enquanto a dignidade humana teve uma origem de ética religiosa, os direitos fundamentais foram decorrência do pensamento moderno iluminista de garantia das liberdades. Mas, após o advento do Estado do Bem Estar Social e diante da necessidade de se assegurar efetividade material a esses direitos, tratados de modo meramente formal no positivismo, desenvolveu-se uma ligação jurídico-positiva entre eles, a qual passou a constar das Constituições, notadamente após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) em que regimes totalitários degradaram a dignidade da pessoa humana.²⁸

Pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios, e que este exerce regência sobre os demais, sendo o centro axiológico de todo o ordenamento jurídico.

A dignidade da pessoa humana é o núcleo de existência comum a todos os indivíduos, desse modo, impõe-se um dever geral de respeito e proteção a todos do gênero humano.

Amauri Mascaro do Nascimento ensina que:

A dignidade é um valor subjacente a numerosas regras de direito. A proibição de toda ofensa à dignidade da pessoa é questão de respeito ao ser humano, o que leva o direito positivo a protegê-la, a garanti-la e a vedar atos que podem de algum modo levar à sua violação, inclusive na esfera dos direitos sociais.²⁹

Segundo Artur Francisco Mori Rodrigues Motta:

[...] a dignidade é essencialmente um atributo da pessoa humana pelo simples fato de alguém “ser humano”, se tornando automaticamente merecedor de respeito e proteção, não importando sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição socioeconômica.³⁰

Ricardo Resende³¹ afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana traduz a noção de que o ser humano não é um fim em si mesmo, assim, não pode ser utilizado como meio para atingir determinado objetivo. Portanto, está proibida a coisificação do homem, e, no caso do Direito do Trabalho, está vedada a coisificação do trabalhador, não podendo ser usado como mero objeto na busca incessante pelo lucro e pelos interesses do capital.

Se a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República brasileira, conforme já visto, esta deve ser vista como o respeito absoluto aos direitos fundamentais de todo ser humano, devendo-se assegurar a todos condições dignas de existência.³²

É importante ressaltar que o dever de assegurar aos cidadãos condições de vida minimamente dignas cabe ao Estado, o que inclui o direito de ter um trabalho digno.

4.2. Direito à privacidade e à liberdade no trabalho

O art. 5º da Constituição Federal de 1988 assim estabelece:

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

28 SOUZA, Luciana Cristina. Dignidade humana na webesfera governamental brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

29 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 462.

30 MOTTA, Artur Francisco Mori Rodrigues. A dignidade da pessoa humana e sua definição. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 119, dez. 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14054&revista_caderno=29>. Acesso em: 20 maio 2016.

31 RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

32 PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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;³³

Conforme se infere do comando judicial, todo ser humano tem direito à privacidade, que é o direito de não ter tudo o que diz respeito à sua vida exposto pela sociedade.

Segundo Nathália Masson:

Núcleo mais rescrito do direito à privacidade, a intimidade compreende as relações e opções mais íntimas e pessoais do indivíduo, compondo uma gama de escolhas que se pode manter ocultas de rodas as outras pessoas, até das mais próximas. Representa, pois, o direito de possuir uma vida secreta e inacessível a terceiros, evitando ingerências de qualquer tipo.

A vida íntima é, assim, aquela relacionada à identidade da pessoa humana, suas particularidades de foro moral, abrangendo sua sexualidade, sua autoestima, seus segredos e informações mais pessoais.

[...] a vida privada é mais abrangente e contém a intimidade, pois abarca as relações pessoais, familiares, negociais ou afetivas, do indivíduo, incluindo seus momentos de lazer, seus hábitos e seus dados pessoais, como os bancários e os fiscais. Nota-se que a tutela à vida privada não busca proteger segredos ou particularidades confidenciais de ninguém, tarefa que fica a cargo da tutela da intimidade.³⁴

E, na lição dos ilustres doutrinadores Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco afirmam:

O direito à privacidade é proclamado como resultado da sentida exigência de o indivíduo “encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometido pelo ritmo da vida moderna”.

A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de autossuperação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas e traçar metas.³⁵

O direito à privacidade é imprescindível no ambiente laboral, principalmente em relação ao uso da internet, WhatsApp e outras redes sociais durante o horário de trabalho. Conforme será visto, a liberdade de comunicação e o direito ao respeito à vida privada do empregado muitas vezes pode ir de encontro com os interesses do empregador, principalmente se resultar em ineficiência dos serviços prestados, entretanto, a hipótese de tais conflitos deve ser analisada com cautela, conforme será melhor analisado adiante.

5. ASPECTOS IMPORTANTES ACERCA DA TECNOLOGIA

A expansão da internet por meio de conexões banda larga possibilitou às organizações a interligação de seus computadores, facilitando o acesso à informação e à comunicação.

De acordo com pesquisa realizada por Viana, Maia e Albuquerque,

O surgimento da rede mundial de computadores ocorreu nos Estados Unidos, nos anos 1950 e 1960, por meio da criação de um programa militar denominado de Advanced Research Projects Agency (ARPA).

33 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

34 MASSON, Nathália. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 218-219.

35 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 378.

A sua criação foi direcionada para as pesquisas e o mundo acadêmico e não ao mercado, como muitos podem imaginar. Nota-se, também, que a Internet é algo relativamente recente, mas, dada a velocidade de sua evolução, a impressão é de que já existe há muito mais tempo.³⁶

Da mesma forma, o aprimoramento da internet possibilitou a evolução das tecnologias digitais, como o WhatsApp e outras redes sociais como o Facebook, Twitter etc., que muitas vezes são utilizados pelos usuários no ambiente organizacional.

Nas palavras de Colombo e Facchini Neto,

Nas redes sociais, como o Facebook, por exemplo, o internauta pode, em seu perfil, criar uma publicação (escrever o que está pensando), publicar uma foto ou vídeo, realizar uma transmissão ao vivo (live), compartilhar, bem como manifestar aprovação ou desaprovação através de emoticons, que são ícones que representam emoções.

Também é possível escrever nas publicações (posts) de outros usuários, bem como parabenizá-lo por seu aniversário ou por outras conquistas, e, inclusive, marcar pessoas, vinculando o que escreveu à timeline do usuário mencionado.³⁷

Até pouco tempo atrás, os empregadores tinham o controle de tudo que o subordinado acessava em seus computadores, e, em muitos casos, determinava-se o bloqueio de alguns sites, por acreditar que seriam prejudiciais ao desenvolvimento do trabalho.

Não obstante, com a evolução das tecnologias e o surgimento da conexão sem fio (wifi/3G/4G), o acesso à internet e às redes sociais ultrapassaram as barreiras e limitações dos computadores das organizações, podendo ser realizados a qualquer tempo e local, por meio dos celulares (smartphones), notebooks, ipads e demais dispositivos móveis.

A facilidade de acesso tornou possível que o trabalhador escape dos bloqueios de acesso organizacional, ainda que o monitoramento interno continue presente.

O acesso de redes sociais por meio dos dispositivos móveis dificulta a intervenção e o monitoramento do ambiente do trabalho, fazendo com que o empregador perca parte do poder de organização e fiscalização.

Considerando-se a evolução digital que nos encontramos atualmente, pode-se afirmar que a utilização de tecnologias de informação e comunicação não é mais uma ferramenta meramente usual, mas uma rotina no dia a dia das pessoas. Desse modo, deve-se considerar a possibilidade de uma grande influência no ambiente de trabalho.

Verifica-se que, por um lado, a utilização das tecnologias de informação deixou de ser uma ferramenta usual no cotidiano das empresas, passando a ser essencial nas tarefas das organizações. Muitas empresas também a utilizam para a divulgação de seus produtos e serviços.

O avanço das tecnologias e a conectividade instantânea diante da internet alterou o fluxo da comunicação. Por meio de dispositivos móveis, o acesso às redes sociais como o WhatsApp, Facebook, entre outros, transcenderam a barreira da utilização esporádica e de entretenimento, tornando-se uma necessidade contínua, ou até mesmo, um vício. O número de usuários inscritos nas redes sociais no Brasil é surpreendente. Em 2010, 80% dos internautas brasileiros integravam alguma rede social.³⁸

Se, por um lado, as tecnologias facilitaram muito a comunicação e o desenvolvimento das atividades nos ambientes organizacionais, por outro lado, verifica-se que a possibilidade de acesso de redes sociais durante

36 VIANA, Janile Lima; MAIA, Cinthia Meneses; ALBUQUERQUE, Paulo Germano Barrozo de. O *cyberbullying* e os limites da liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

37 COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. Ciberespaço e conteúdo ofensivo gerado por terceiros: a proteção dos direitos de personalidade e responsabilização civil dos provedores de aplicação, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

38 TELLES, André. *A Revolução das Mídias Sociais*. Casos, Conceitos, Dicas e Ferramentas. São Paulo: M.Books, 2010.

o horário de trabalho de forma desenfreada e indevida pode trazer sérios prejuízos para a atividade, conforme será analisado no próximo capítulo.

6. O USO DAS REDES SOCIAIS E APLICATIVOS DE MENSAGENS INSTANTÂNEAS NO AMBIENTE DE TRABALHO

É cediço que aplicativos de mensagens instantâneas, assim como as demais redes sociais, facilitam a comunicação entre as pessoas, em qualquer hora e lugar. Entretanto, o uso dessas facilidades exige ética e bom senso, principalmente nas relações de trabalho.

Nos dias atuais é quase impossível encontrar uma pessoa que possua um *smartphone* e que não utilize para mensagens via WhatsApp ou visualização de Facebook e Instagram. O WhatsApp, por exemplo, surgiu oferecendo inúmeros benefícios, permitindo não apenas agilidade na troca de informações, mas também permitindo a comunicação de forma muito mais econômica.

Em que pese todos os benefícios trazidos pela facilidade na utilização de ferramentas de comunicação virtual, verifica-se que seu uso aumentou o número de ações trabalhistas na Justiça, cujo fato interessa ao Direito.

É imprescindível compreender que, no ambiente de trabalho, é necessário concentração, dedicação, produtividade e respeito, contudo, a internet e o uso de redes sociais e aplicativos de mensagens podem oferecer inúmeras distrações para aqueles que os utilizam.

O uso indevido de celulares ou da internet pode configurar desvio de conduta profissional, podendo gerar consequências graves ao empregado como demissão. Desse modo, a utilização das tecnologias de comunicação no ambiente laboral e seus possíveis impactos para as relações de trabalho serão analisadas neste capítulo.

6.1. Uso indevido de redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas pelo empregado

Conforme Chiavenato³⁹, as pessoas não vivem isoladas, ou seja, possuem contato com outros indivíduos. Desse modo, elas relacionam-se de modo contínuo com outras pessoas ou com o ambiente a qual pertencem, por meio da comunicação.

Segundo Chamon⁴⁰, a comunicação é um fator importantíssimo à evolução humana, uma vez que permite que as ideias e aprendizados sejam difundidos ao longo de tempo.

Nesse sentido, se por um lado o uso dos aplicativos facilita a comunicação dos usuários, por outro, seu uso desenfreado pode gerar prejuízos para a atividade laboral.

Em razão de seu poder diretivo, o empregador pode exigir de seus empregados concentração total no trabalho, proibindo ou restringindo a utilização destes elementos para fins exclusivamente particulares e, caso essa imposição seja descumprida, poderá ocasionar sérios problemas ao empregado, tais como advertência, suspensão ou até mesmo ter seu contrato de trabalho rescindido por justa causa.

Não há dúvidas que a utilização de redes sociais e aplicativos para fins não profissionais acaba comprometendo o rendimento e a concentração no trabalho, sem contar que, pode, até mesmo, influenciar na imagem da empresa, na venda de seus produtos, ou seja, em sua credibilidade.

39 CHIAVENATO, I. *Recursos humanos: o capital humano das organizações*. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

40 CHAMON, E. M. Q. O. *Gestão integrada de organizações*. Rio de Janeiro: Brasport, 2008.

No âmbito do Direito do Trabalho, o uso de smartphones durante o horário de trabalho vem causando grande preocupação, uma vez que não retira apenas a concentração dos empregados, mas também pode colocar em risco informações sigilosas da empresa e seus clientes, em razão da facilidade de se repassar as informações pelo aplicativo.

Como já mencionado, há inúmeros benefícios na utilização do WhatsApp e demais redes sociais para o emprego, contudo, este deve ser um aliado ao trabalho, caso contrário, se for utilizado para uso exclusivamente pessoal, restará configurado os malefícios da tecnologia para a atividade laboral.

O que se verifica é a necessidade de haver ética entre o uso das mídias sociais e aplicativos e a atividade laboral, uma vez que “a internet é um instrumento de informação e entretenimento que absorve a atenção das pessoas por longos períodos.”⁴¹

Destarte, não é ético deixar de cumprir as tarefas determinadas pelo empregador para ficar navegando na internet e conversando por mensagem para fins particulares.

No ordenamento jurídico brasileiro ainda não há leis específicas que regulamentam o uso do celular e da internet no trabalho, contudo, a jurisprudência tem entendido que no ambiente corporativo o tempo de trabalho deve se restringir a atividades relacionadas ao próprio trabalho. Assim, qualquer atividade pessoal poderá ser considerada como desvio de conduta.

Por fim, os empregadores têm autonomia para restringir o uso do celular e sobre a política de usos dos aparelhos no ambiente de trabalho, como forma de resguardar sua atividade.

6.2. Uso das redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas para fins relacionados ao trabalho e o uso indevido pelo empregador

Conforme já mencionado, a internet e as tecnologias de informação e comunicação radicalizaram o modo como as pessoas trabalham e se comunicam, favorecendo e ampliando o trabalho.

Inúmeras são as empresas que vendem e divulgam seus produtos pela internet, facilitando, assim, a expansão do negócio.

Com o surgimento das mídias sociais e aplicativos, verificou-se, outrossim, que essa ferramenta tem sido utilizada para facilitar a comunicação entre os próprios componentes da organização laboral, com fornecedores, colaboradores e até mesmo consumidores.

Contudo, quando se usa essa ferramenta para comunicação entre empregador e empregados, deve-se ter muita cautela para não incorrer em dois riscos: o de praticar algum ato desabonador à honra e imagem de alguém, provocando danos morais, e o de restar caracterizada a prática de horas extras pelo empregado por ser acionado pelo empregador por meio do WhatsApp fora do período que compreende a jornada de trabalho.

De fato, a resolução de problemas do trabalho pelo WhatsApp ou demais aplicativos no período de descanso poderá implicar o pagamento de horas extras pelo empregador, uma vez que o art. 6º da CLT estabelece que não há distinção entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador ou o executado no domicílio:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 2011)

A tecnologia existe para facilitar a comunicação, entretanto, não deve haver uma ligação ininterrupta

41 SOUZA, M. C. *Ética no ambiente de trabalho: uma abordagem franca sobre a conduta ética dos colaboradores*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 89.

entre empregado e empregador. Se o empregado ficou prestando serviço por algum tempo ao empregador, pode haver hora extra, contudo, se ficou aguardando por contato, deve ser configurado o sobreaviso e imposto o pagamento de adicional de 1/3 da hora normal.

A utilização do WhatsApp por meio dos famosos grupos no ambiente de trabalho deve ocorrer com muita cautela, uma vez que a exposição indevida de algum empregado, de forma que denigra sua imagem pode implicar, por meio de um conjunto de ações, em assédio moral e danos morais. O contrário, também pode se verificar, tendo em vista que algum comentário dos empregados poderá ofender a honra e a imagem do empregador.

6.3. Punições pela utilização de redes sociais indevidamente durante o trabalho

Conforme foi analisado no início deste trabalho, o empregador conta com poderes diretivos para poder conduzir da forma que entender melhor sua atividade.

Por meio desses poderes é possível que o empregador crie políticas e normas para uso de tecnologia no ambiente de trabalho, delimitando o uso de celulares, da internet, e das redes sociais por seus empregados.

Acerca da possibilidade desse controle, assim é a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª região:

EMENTA: “RESTRIÇÃO AO USO DE TELEFONES CELULARES NO HORÁRIO DE LABOR. PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR. A proibição do uso de aparelho celular pelo empregado, no período em que está laborando, está inserida no poder diretivo do empregador, porquanto tais equipamentos permitem que a qualquer momento o trabalhador interrompa suas atividades profissionais para dedicar-se a questões particulares, nem sempre de caráter urgente, desviando sua atenção. A interferência na concentração gera não apenas uma interrupção dos serviços, mas também pode provocar acidente de trabalho, pondo em risco a integridade física dos trabalhadores envolvidos na tarefa.” (Ac. 3ª T. Proc. RO 0000852-84.2011.5.12.0032. Maioria, 20.03.12. Rel.: Juíza Maria de Lourdes Leiria. Disp. TRT-SC/DOE 30.03.12. Data de Publ. 02.04.12)

Nesse sentido, as câmeras de vídeo, a manutenção desses equipamentos para a proteção do patrimônio, fiscalização dos serviços e segurança dos próprios trabalhadores não implicam violação à intimidade dos empregados, mormente quando do conhecimento destes, exceto se instaladas em locais onde a privacidade dos trabalhadores deve ser resguardada, como refeitórios, vestiários e banheiros.

A proibição do uso de aparelho celular pelo empregado, no decorrer da jornada de trabalho, está amparada no poder diretivo do empregador, que deriva do direito constitucional à propriedade. Os celulares e outros dispositivos móveis permitem que a qualquer momento o empregado interrompa suas atividades profissionais para se dedicar a questões particulares, que muitas vezes não se tratam de assuntos urgentes, que poderiam justificar o ato.

É preciso se ter em conta que em determinadas atividades, o simples atendimento a uma chamada no telefone celular pode significar não apenas uma interrupção dos serviços, mas uma quebra na concentração que também pode por em risco à integridade física dos trabalhadores envolvidos na tarefa que está sendo executada.

Nesse contexto, a nosso ver não se afigura afronta à dignidade dos trabalhadores a retenção de seus telefones celulares, devidamente desligados, no período de labor. Essa medida somente representaria uma invasão de privacidade no caso de eventual violação aos registros pessoais gravados nos aparelhos, e assédio moral se tivesse propósito persecutório, voltada exclusivamente a determinado empregado.

Assim, nos casos de indisciplina e insubordinação à proibição de uso de aplicativos de mensagens instantâneas durante o período de trabalho, poderá até mesmo acarretar dispensa por justa causa. Segundo as alíneas b, e, g, h, j e k do art. 482 da CLT,

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

[...]

b) incontinência de conduta ou mau procedimento;

[...]

e) desídia no desempenho das respectivas funções;

[...]

g) violação de segredo da empresa;

h) ato de indisciplina ou de insubordinação;

[...]

j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;⁴²

Desse modo, infere-se da leitura do respectivo dispositivo legal que é possível, sim, a demissão por justa causa pelo uso inadequado de redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas no ambiente de trabalho, embora tal atitude requeira muita cautela.

Na hipótese de o empregador optar pela restrição do uso de celular e redes sociais no ambiente de trabalho, este deverá disponibilizar aos empregados uma linha fixa de telefonia para uma eventual necessidade de comunicação fora do ambiente de trabalho, até porque deixar os empregados totalmente incomunicáveis poderia resultar em uma afronta à dignidade da pessoa humana.

Seguindo o princípio da graduação, é recomendável que, se as orientações do empregador quanto ao uso do celular e aplicativos não sejam seguidas, o empregado pode ser advertido, suspenso, e conforme o caso pode até mesmo ser demitido, no caso de não cumprir a conduta expressa determinada pelo empregador ou na hipótese de divulgar, por meio do WhatsApp, informações sigilosas e comprometedoras que violem o segredo da empresa.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho é inerente ao ser humano e sempre o acompanhou, desde o surgimento das primeiras civilizações, sendo o hoje o pilar que sustenta a sociedade.

Com o desenvolvimento das relações comerciais e o surgimento de novas necessidades do ser humano, houve a evolução da tecnologia, que provocou mudanças bruscas no modo de produção, de trabalho e até mesmo no comportamento das pessoas.

A evolução tecnológica está atualmente em todo lugar. Pode-se afirmar que a internet revolucionou a forma como as pessoas trabalham, permitindo a otimização do modo de trabalhar e das ferramentas de trabalho.

A internet trouxe, sem dúvidas, muitos pontos positivos para o trabalho, todavia, tanta tecnologia terminou por aproximar o lazer e o trabalho, por meio da mobilidade dos smartphones. Assim, basta ligar o celular para que seja possível estar conectado com a internet, Facebook, WhatsApp, Messenger e demais

42 BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 14 nov. 2017.

redes sociais, tendo acesso ao que mais gosta de ver e ouvir.

O que seria, em tese, apenas benefícios, terminou por trazer problemas para o ambiente laboral, como a redução da produtividade gerada pelo uso inadequado do telefone celular e seus aplicativos.

Verifica-se que, nas relações de trabalho, é constante a falta de percepção do que é profissional do que é pessoal.

Ocorre que não são apenas os empregados que usam irregularmente as redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas, mas também os empregadores, que muitas vezes utilizam essa ferramenta tecnológica para manter o empregado conectado e trabalhando fora da jornada de trabalho, ou então, a usam indevidamente para expor seus empregados ou para corrigi-los, de forma degradante.

Essas situações formam um desafio aos juristas atuais que terão que enfrentá-las, embora não exista lei que regulamente essas práticas específicas.

Contudo, é possível, do ponto de vista constitucional, que o empregador vede a utilização das redes sociais no ambiente de trabalho por meio de regulamentação própria, em virtude de seus poderes diretivos. Todavia, eventual proibição não pode tornar os trabalhadores integralmente incomunicáveis, sob pena de afronta aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

Vislumbra-se, por meio deste trabalho, que até a elaboração de normas específicas, a melhor saída para evitar a ocorrência de conflitos envolvendo o uso dessas modernas ferramentas de comunicação social seria o estabelecimento de um código de ética pelo empregador, o que facilitaria a identificação da falta e da punição a ser aplicada, haja vista que é indubitável que o uso de redes sociais e de aplicativos de mensagem instantânea para fins particulares não urgentes causam prejuízos graves à atividade do empregador.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTR, 2016.
- BARROS, Alice de Monteiro de. *Curso de direito de trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- BASILE, César Reinaldo Offa. *Direito do trabalho: duração do trabalho e direito de greve*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 14 nov. 2017.
- BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.
- BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.
- CALVO, Adriana. A busca da efetividade do direito fundamental à proteção do trabalhador no ambiente penoso: reflexões pós-positivas sobre o adicional de penosidade. In: ALMEIDA, Renato Rua de; CALVO, Adriana (Org.). *A aplicação da teoria do diálogo das fontes no direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2015.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- CHAMON, E. M. Q. O. *Gestão integrada de organizações*. Rio de Janeiro: Brasport, 2008.
- CHIAVENATO, I. *Recursos humanos: o capital humano das organizações*. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. Ciberespaço e conteúdo ofensivo gerado por tercei-

ros: a proteção dos direitos de personalidade e responsabilização civil dos provedores de aplicação, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

DELGADO, Gabriel Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Ltr, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira. *Empresa e Função Social*. Curitiba: Juruá, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARX, K. *O Capital: crítica da economia política*. Tradução por Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Abril Cultural, 1985. Livro 1, v.1, t.1. (Os economistas).

MASSON, Nathália. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. *Políticas públicas e jurisdição constitucional: entre direitos, deveres e desejos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MOTTA, Artur Francisco Mori Rodrigues. A dignidade da pessoa humana e sua definição. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 119, dez. 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14054&revista_caderno=29>. Acesso em 20 maio 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ROSANVALLON, Pierre. *El buen gobierno*. Trad. Horacio Pons. Buenos Aires: Manantial, 2015.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O conflito entre o novo CPC e o processo do trabalho*. 2015. Disponível em: <www.anamatra.org.br>. Acesso em: 05 ago. 2016.

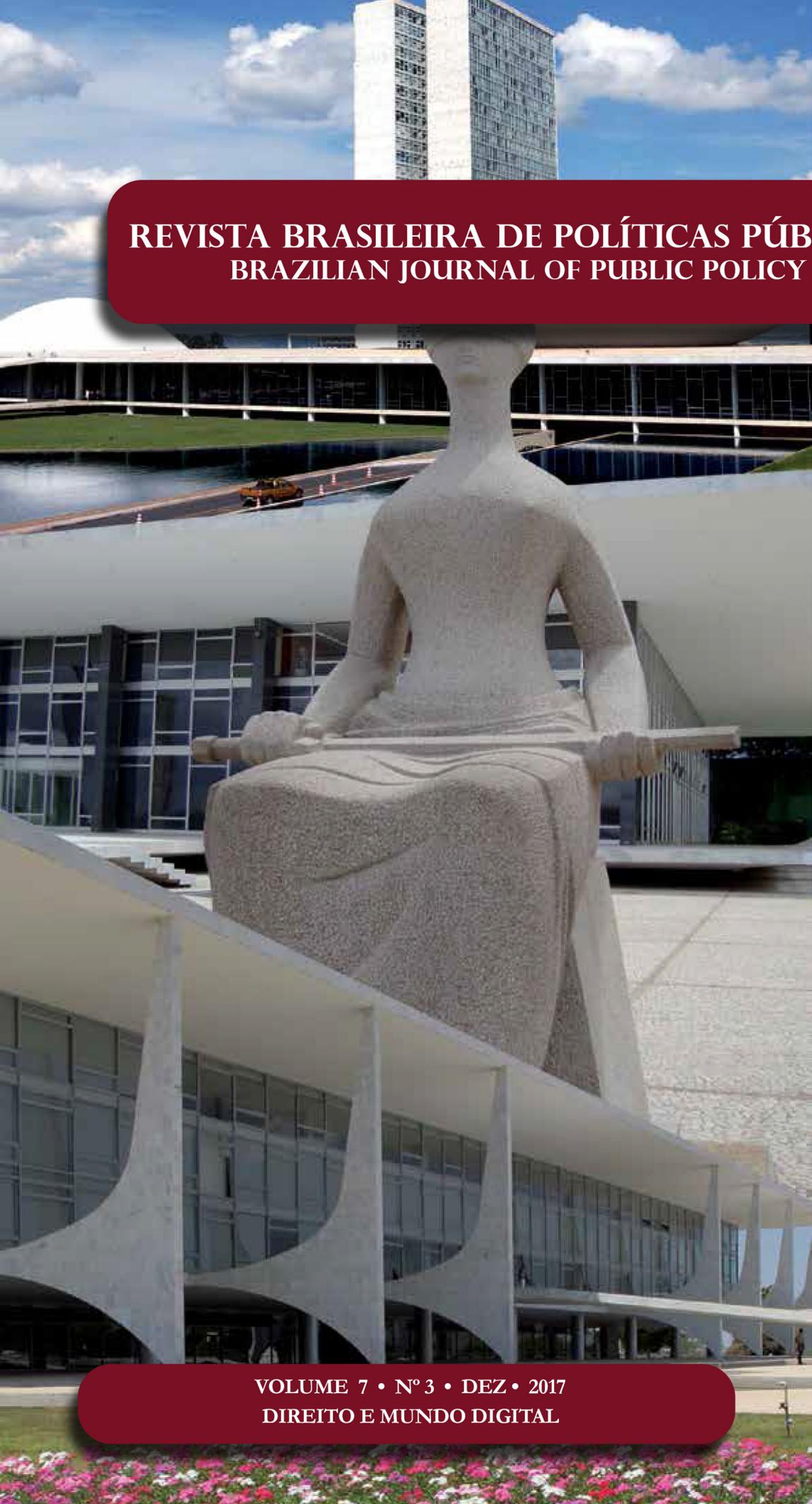
SOUZA, Luciana Cristina. Dignidade humana na webesfera governamental brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

SOUZA, M. C. *Ética no ambiente de trabalho: uma abordagem franca sobre a conduta ética dos colaboradores*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TELLES, André. *A Revolução das Mídias Sociais. Casos, Conceitos, Dicas e Ferramentas*. São Paulo: M. Books, 2010.

VIANA, Janile Lima; MAIA, Cinthia Meneses; ALBUQUERQUE, Paulo Germano Barrozo de. O *cyberbullying* e os limites da liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

C. DIREITO AO ESQUECIMENTO



REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Ensaio sobre a promessa jurídica do esquecimento: uma análise a partir da perspectiva do poder simbólico de Bourdieu
Essay on the legal promise of being forgotten: an analysis from the perspective of symbolic power of Bourdieu

Joana Machado

Sergio Negri

Ensaio sobre a promessa jurídica do esquecimento: uma análise a partir da perspectiva do poder simbólico de Bourdieu*

Essay on the legal promise of being forgotten: an analysis from the perspective of symbolic power of Bourdieu

Joana Machado**

Sergio Negri***

RESUMO

A partir de método reconstrutivo de abordagem, o presente artigo se propõe a avaliar o estado da arte de uma promessa jurídica bastante complexa: o direito ao esquecimento. Tomando por lente teórica a construção do poder simbólico, de Bourdieu, o trabalho se orienta para responder às seguintes indagações: ao se pretender, pela via do Direito, uma promessa de esquecimento, o que de fato é possível oferecer? Quem concorre pelo poder de dizer o que pode e como pode ser esquecido? Para tanto, remonta as dimensões históricas da privacidade e as linhas gerais de construção do direito ao esquecimento, analisa, por meio de estudos de casos, trilhas distintas de densificação da promessa jurídica de esquecimento e problematiza os riscos autoritários que ela carrega.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Privacidade. Liberdade de expressão. Poder simbólico.

ABSTRACT

From a reconstructive method of approach, the present paper aims to evaluate the state of the art of a very complex juridical promise: the right to be forgotten. Taking Bourdieu's construction of symbolic power as theoretical lens, this work is structured towards answering the following questions: by intending, through the law, a promise of being forgotten, what can we really offer? Who competes for the power to say what can be forgotten and how? Thus, it goes back to the historical dimensions of privacy and the general lines of the construction of the right to be forgotten. It analyzes, through case studies, different paths of densification of the legal promise of being forgotten and problematizes the authoritarian risks that it carries.

Keywords: Right to be forgotten. Privacy. Freedom of speech. Symbolic power.

* Recebido em 01/11/2017
Aprovado em 16/12/2017

** Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Doutoranda e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. E-mail: joana.machado@ufjf.edu.br

*** Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Doutor e Mestre em Direito Civil pela UERJ. E-mail: smcnegri@yahoo.com

1. INTRODUÇÃO

Imagine-se que ninguém mais pudesse ver, que o mundo fosse tomado por uma cegueira branca, da qual escapasse apenas uma pessoa. Imagine-se, ainda, que somente ela tivesse conhecimento da sua própria e diferenciada condição. A condição de ver, com exclusividade, e de, portanto, não ser vista, seria um privilégio ou um fardo? Como seria utilizada? Com essa hipótese literária, já muito difundida, José Saramago¹ nos conduz, em seu Ensaio sobre a Cegueira, a uma reflexão bastante rica sobre as interações humanas, sobre o agir moral, sobre aquilo que somos e fazemos por escolha própria e em resposta ao olhar externo, sobre como tudo isso poderia ser impactado diante de uma sensação (real ou ilusória) de anonimato, de invisibilidade.

A hipótese contra-fática de uma vivência em total abrigo de julgamento social pode ser bastante sedutora, pois carrega a promessa da reinvenção permanente de si, sem cobrança externa por coerência ou autenticidade, em qualquer direção, imperceptível aos outros.

Por sua vez, como seria um Ensaio sobre a Cegueira às avessas? E se a hipótese contra-fática fosse a de super visão e, mais do que isso, a de memória total? Imagine-se que todas as pessoas em qualquer espaço geográfico pudessem ver, acessar, a qualquer momento, todos os fatos? Restaria alguma margem para sermos e fazermos por escolha própria?

Como nos constituiríamos em uma sociedade que tudo vê e nada chega a esquecer, ou perdoar, porque tudo está acessível, a qualquer tempo, a todas as pessoas? George Orwell já havia deixado pista ao pautar a hipótese de vigilância ubíqua, permanente, e os perigos de mutilação da memória e falsificação da história².

O presente artigo flerta com as duas hipóteses literárias, propondo-se a avaliar o estado da arte de uma promessa jurídica bastante complexa: o direito ao esquecimento. Trata-se de pesquisa com perfil exploratório, em que, por meio de levantamento bibliográfico e análise documental, especialmente de decisões judiciais, nacionais e estrangeiras, colheram-se dados e informações que tiveram seu conteúdo analisado e reconstruído a partir do referencial teórico escolhido, viabilizando-se a realização de novas inferências.

Tomando por lente teórica a construção do poder simbólico, de Bourdieu³, o trabalho se orienta para responder às seguintes indagações: ao se pretender, pela via do Direito, uma promessa de esquecimento, o que de fato é possível oferecer? Quem concorre pelo poder de dizer o que pode e como pode ser esquecido?

O artigo buscará demonstrar como a promessa de um esquecimento pela via do Direito tem se construído de maneira nebulosa, ofertando resultados sensivelmente distintos, sem que tais diferenças ou até mesmo o próprio processo construtivo sejam devidamente identificados e problematizados.

De acordo com Bourdieu⁴, a linguagem jurídica, com a sua suposta neutralidade, forjada por impessoalidade e abstração que lhe são características, pode mesmo servir para camuflar escolhas determinadas por fatores externos ao campo jurídico, como fatores econômicos, políticos, religiosos. Nesse processo, tem-se a possibilidade de violência simbólica, de uma forma de dominação que passa despercebida por quem é a ela submetida e, às vezes, até por quem a conduz.

Com amparo nessa perspectiva, trabalha-se, então, com a hipótese de que as escolhas distintas e pouco sinalizadas no processo de construção do direito ao esquecimento retratam o exercício perigoso de um poder simbólico por quem diz o que deve ser esquecido e como deve ser esquecido.

Para tanto, serão remontadas, no item 2 do trabalho, as razões históricas da privacidade, suposto ponto de partida da promessa jurídica do esquecimento, e as linhas gerais da afirmação desse novo direito. Na sequência, por meio de estudo de casos, escolhidos em razão da relevância dos argumentos mobilizados

1 SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a cegueira*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

2 ORWELL, George. *1984*. Tradução de Heloísa Jahn e Alexandre Hubner. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

3 BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

4 BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

e/ou da repercussão alcançada, serão analisadas as distintas trilhas de densificação da promessa jurídica de esquecimento e problematizados os riscos autoritários que ela carrega.

2. DIMENSÕES DA PRIVACIDADE E CONSTRUÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Entre defensores do direito ao esquecimento,⁵ é possível anotar ao menos uma grande convergência: a de que seria necessário desdobramento de outro direito amplamente reconhecido, o direito de privacidade. Justamente nesse ponto reside o primeiro grande risco autoritário do processo de construção do direito ao esquecimento. A depender de como seja compreendido o direito de privacidade, suposto ascendente jurídico do direito ao esquecimento, a construção do direito ao esquecimento pode ser camuflada, atenuada, diluída no próprio processo de densificação do direito de privacidade.

Privacidade não é norma jurídica autoevidente, um dado. Existe uma relação direta entre privacidade e modernidade. Como lembra Habermas, a reforma, o iluminismo e a Revolução Francesa projetaram um novo tempo, desvinculado dos modelos normativos anteriores, que se apoiavam, principalmente, na tradição, na religião ou na natureza.⁶ Nesses novos tempos profanos, não havia espaço para um conceito totalizante de política, já que a sociedade moderna se libertara da administração do poder. A ideia de privacidade resulta da percepção, ainda que tardia, da diferenciação de duas esferas de ação: enquanto as ações que derivam de um interesse particular e egoístico formatam uma sociedade civil burguesa,⁷ o Estado burocratizado seria o resultado de uma ação voltada para a administração do poder.

A noção de privacidade não pode ser vista como algo unificante, como um conceito capaz de condensar padrões uniformemente difusos na coletividade. Inicialmente, a possibilidade da privacidade se dirigia, apenas, a determinadas classes, sendo que a grande maioria das pessoas se via ainda obrigada a excluir a privacidade do seu próprio horizonte. Nesse contexto, a violação da esfera privada individual vem, aos poucos, sendo equiparada à tutela da propriedade privada.⁸ Da mesma forma que se dá a apropriação do espaço físico, a privacidade se materializa no direito de "ser deixado só", a partir de uma lógica proprietária pautada no "*ius excludendi alios*".

As diversas dimensões históricas da privacidade representam respostas ao desenvolvimento das tecnologias de comunicação. Se antes Stendhal reclamava do inconveniente de uma opinião pública que se insinuava sobre a vida privada, no mundo atual, a metáfora do *Panopticon*,¹⁰ que tudo observa e controla, materializa-se cada vez mais com o desenvolvimento de novas tecnologias para a coleta de dados pessoais.

Ainda que interligadas, as novas dimensões da privacidade, vistas em uma perspectiva funcional, destacam-se, às vezes, da ideia original. Na sociedade de informação¹¹, a proteção de dados se descolou, paulati-

5 Sobre as diferentes posições que existem no debate brasileiro sobre direito ao esquecimento, ver: SCHREIBER, Anderson. *As três correntes do direito ao esquecimento*. Disponível em: <www.jota.info/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017>. Acesso em: 13 ago. 2017.

6 HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Tradução de Luiz Sergio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

7 Conforme lembra o próprio Habermas, Hegel foi um dos primeiros a dar uma expressão terminológica a essa diferenciação, separando a esfera política da sociedade civil burguesa.

8 RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: A privacidade hoje*. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

9 NIGER, Sergio. *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*. Padova: CEDAM, 2006.

10 termo utilizado para designar a penitenciária ideal, pensado por Jeremy Bentham. NIGER, Sergio. *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*. Padova: CEDAM, 2006.

11 "A emergência de um novo paradigma tecnológico organizado entorno de novas tecnologias da informação, mais flexíveis e poderosas, possibilita que a própria informação se torne o produto do processo produtivo. Sendo mais preciso: os produtos das novas indústrias de tecnologia da informação são dispositivos de processamento de informações ou o próprio processamento das

namente, do próprio discurso abstrato da privacidade. Da mesma forma, o direito à autodeterminação informativa ganha cada vez mais espaço e autonomia.¹² Nesse processo de constante expansão e criação de novos direitos, a própria noção de privacidade é constantemente redefinida para se adaptar a novas situações.¹³

O direito ao esquecimento tem sido apresentado, em seus variados sentidos, como um mero desdobramento da própria, ainda que plástica, ideia de privacidade, que parece, por vezes, imune ao tempo: mesmo diante das mais profundas modificações, seguimos insistindo na sua tutela e na dos direitos que lhe são correlatos. Acontece que essa mobilidade também tem efeitos colaterais. Frequentemente, a privacidade é mobilizada para situações que não guardam nenhuma relação entre si, sendo até mesmo incompatíveis. A situação se agrava quando se observa que, historicamente, o conceito de privacidade pode ser utilizado em concreto para obstar o exercício de outros direitos, como a liberdade de expressão e o direito à informação.

Inicialmente, o direito ao esquecimento se desenvolve na Europa, entendido como lesão à honra e à reputação de uma pessoa diante da publicação de um fato passado desagradável.¹⁴ Nesses primeiros casos, o lapso temporal entre o fato e sua divulgação, por jornal, filme ou televisão, representava o principal elemento destacado nas sentenças. Na década de 1990, assiste-se a uma nova fase no reconhecimento do direito ao esquecimento na Europa com a aprovação da Diretiva 46/95/CE referente ao tratamento dos dados pessoais, a qual fazia referência expressa ao caráter temporal na conservação dos dados¹⁵. A criação de agên-

informações. Ao transformarem os processos de processamento da informação, as novas tecnologias da informação agem sobre todos os domínios da atividade humana e possibilitam o estabelecimento de conexões infinitas entre diferentes domínios, assim como entre os elementos e agentes de tais atividades”. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2010. v. 1. p. 119-120.

12 “Assim, como se vê, a privacidade não mais pode ser identificada como questão de sigilo, dentro do qual o indivíduo se isola para viver à margem de todo o tecido social. Não mais sendo possível a coexistência nesse sentido, a imbricação do ser humano na sociedade se dá, inevitavelmente, por meio da circulação de suas informações pela rede de relacionamentos pessoais e institucionais, o que clama pela alteração de perspectiva da privacidade para o controle espacial e contextual próprias informações, convergindo, portanto, em ampla disciplina de proteção de dados pessoais.” BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, p. 1-17, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wpcontent/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2017. O Código de Defesa do Consumidor teve um importante papel no Brasil no debate inicial sobre a privacidade e a proteção de dados. ANTANA, Héctor Valverde; VIANA, Rafael Souza. O compartilhamento de dados e informações pessoais de consumidores: o abuso dos fornecedores e as propostas apresentadas no PLS 181/2014. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 238-253, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4579>>. Acesso em: 15 out. 2017.

13 “A proteção da privacidade, elemento indissociável da personalidade, merece essa tutela integrada, sendo provavelmente um dos casos em que ela é mais necessária. A cotidiana redefinição de forças e meios que possibilitam a intromissão na esfera privada dos indivíduos demanda uma tutela de caráter incessantemente mutável. Sintetizando, a privacidade, incluindo, em seu bojo, a intimidade, é direito da personalidade inviolável, irrenunciável, imprescritível e intransmissível por força do Código Civil de 2002 e, também, um direito fundamental humano por estar previsto no artigo 5º da Constituição” DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Considerações iniciais sobre bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 111-136.

14 O filme “Laundru” de 1960 retratava um dos crimes de maior repercussão na França no início do século XX. Henry Landru foi condenado à morte em 1922 por vários homicídios. Uma mulher, retratada no filme como amante do protagonista, não gostou do fato de o filme revelar ao público um período remoto e difícil de sua vida privada. Na época, a doutrina cunhou a expressão *droit di l’oubli* que foi usada pelo Tribunal no julgamento do caso em 1966. Na sentença, proibia-se nova difusão do filme já exibido. Caso semelhante ocorreu também na Itália envolvendo a publicação de matérias retratando a vida amorosa de Mussolini. O Tribunal de Milão acatou em 1952 pedido de indenização dos herdeiros de Claretta Petacci, que tivera um relacionamento com o Dulce. Na Itália foram reformadas, em segundo grau, e, em algumas situações, como no caso Caruso, não foi reconhecida a violação à vida privada do retratado. Como ressalta Simone Bonavita, somente, a partir da década de 1970, o direito ao esquecimento, como desdobramento do direito à privacidade, alcançou maior reconhecimento, como nas relações trabalhistas em razão da interferência do legislador. BONAVITA, Simone. *Il Diritto all’oblio e la gestione delle informazioni nella società iperconnessa*. 2016. Dissertação (Doutorado) - Università di Bologna, Bolonha, 2016. p. 78.

15 Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_pt.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2017. Em 2018, entrará em vigor na União Europeia um novo regulamento sobre a proteção de dados. Além de revogar a Diretiva 95/46/CE, o Regulamento 2016/679 trata, em seu artigo 17, do Direito ao apagamento de dados (“direito a ser esquecido”). Como observa Sergio Branco, a redação se distancia da forma como o direito ao esquecimento vem sendo tratado no Brasil: “essa nova regulamentação parece bastante alinhada com a ideia de controle de dados pessoais – uma perspectiva mais próxima do art. 7, X, do Marco Civil da Internet do que do modo

cias reguladoras em vários países da Europa, como Itália e Espanha, voltadas para a tutela da privacidade e proteção dos dados pessoais, também teve grande impacto no reconhecimento dos direitos relacionados à privacidade.

Em 1998, a Corte de Cassação italiana, ao examinar a publicação de notícia de um crime de associação criminosa, procurou estabelecer critérios para analisar casos análogos. Para tanto, considerou que a divulgação de fatos passados poderia ser feita quando presentes três condições: a) verdade objetiva da notícia; b) interesse público no conhecimento do fato; c) correção formal na exposição. Em 2012, em importante decisão envolvendo o questionamento do arquivo online do jornal *Corriere della Sera*, o direito ao esquecimento foi utilizado pela Corte com um novo sentido: direito de contextualização de informações e dados sem que, para tanto, fosse necessário o cancelamento da notícia de arquivos de jornais.¹⁶

A imprecisão da função do direito ao esquecimento, associada à sua suposta lógica linear, pode causar um curto circuito quando transposto para o ambiente virtual¹⁷. Como será visto no próximo item, a demanda pelo esquecimento pode ironicamente conduzir à super exposição de quem se pretende esquecido. A internet ressignifica as relações de tempo e espaço, forja uma leitura descontínua do mundo, um processo de “deteritorialização”, somado ao de fusão entre passado e presente em um único momento.

Em síntese parcial, se a privacidade, direito amplamente reconhecido, é uma construção que permanece em disputa e sujeita a constantes redefinições, conforme se constituem as relações de tempo e espaço, não basta que seja mobilizada de forma abstrata para que se afirme, sem maior cautela e ônus argumentativo, o direito ao esquecimento, como seu mero e linear desdobramento. Ao contrário, as distintas trilhas que vêm sendo percorridas na afirmação desse novo direito não deixam dúvidas sobre a complexidade de se buscar, pela via do Direito, uma promessa de esquecimento.

3. CASO GOOGLE SPAIN: O ESQUECIMENTO COMO DIREITO À DESINDEXAÇÃO

Em maio de 2012, a Agência de proteção de dados da Espanha (AEPD), acatando o pedido de um cidadão espanhol, determinou que a sociedade Google Inc e Google Spain retirassem dos resultados gerados pelo seu motor de busca os dados do autor referentes à constrição judicial e venda em hasta pública de um bem por dívidas previdenciárias, publicados pela versão *online* do jornal *La Vanguardia*.¹⁸ De acordo com a AEPD, os motores de busca ao realizarem o tratamento dos dados seriam também obrigados a respeitar os direitos dos interessados previstos na normativa europeia em matéria de proteção de dados. Na opinião das sociedades responsáveis pelo motor de busca, a decisão contrariava a diretiva 46/95, já que o suposto direito de cancelamento de dados somente poderia ser oposto ao jornal responsável pela publicação das matérias.

Para reformar a decisão, recorreram ao Tribunal espanhol pleiteando a nulidade da decisão administrativa. Em razão de questões prejudiciais referentes à dificuldade de aplicação e interpretação da normativa comunitária, foi determinado o envio ao Tribunal de Justiça da União Europeia no sentido de se buscar uma interpretação uniforme acerca do papel e da responsabilidade dos motores de busca de acordo com a Diretiva 46/95/CE.

como o direito ao esquecimento vem sendo discutido no Brasil.” BRANCO, Sergio. *Memória e esquecimento na internet*. Porto Alegre: Arquipélago, 2017. p. 122.

16 Político italiano havia sido acusado de corrupção em 1993, sendo absolvido posteriormente. Mesmo assim, a pesquisa do seu nome na internet remetia à reportagem sobre o fato lesivo. BONAVITA, Simone. *Il Diritto all'oblio e la gestione delle informazioni nella società iperconnessa*. 2016. Dissertação (Doutorado) - Università di Bologna, Bolonha, 2016. p.78.

17 Carlos Afonso Pereira aponta os principais desafios para o tratamento do tema, nos quais destaca a imprecisa definição do direito ao esquecimento. SOUZA, Carlos Afonso Pereira. *Dez dilemas sobre o chamado direito ao esquecimento*. Disponível em: <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/06/ITS-Rio-Audiencia-Publica-STF-Direito-ao-Esquecimento-Versao-Publica-1.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

18 Tribunal de Justiça da União Europeia. Caso C-132/12.

O Tribunal de Justiça da União Europeia, com a instauração do processo C-131/12 Google Spain SL, Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González, deveria se posicionar sobre complexos quesitos, que, substancialmente, referem-se: a) à determinação do papel dos motores de busca à luz da diretiva 46/95/CE; b) ao âmbito de aplicação territorial da diretiva; c) ao alcance da responsabilidade dos motores de busca pelo tratamento de dados e pelo cancelamento das informações geradas pelo sistema.

O Tribunal considerou que os motores de busca procedem a uma coleta na acepção da diretiva ao recuperar, registrar e organizar dados. Nesses termos, não haveria como negar que se trata de atividade que pode ser qualificada como de tratamento de dados, ainda que o operador realize a mesma atividade com informações que não são consideradas dados pessoais. Na visão do Tribunal, os direitos fundamentais à vida privada e à proteção dos dados pessoais consagrados nesse parâmetro normativo impõem ao motor de busca, no âmbito das suas competências e possibilidades, a observância dos deveres previstos na diretiva europeia de proteção de dados.

No que se refere ao âmbito de aplicação dessa norma, o Tribunal ressaltou que a Google Spain enquanto filial da Google Inc., tem participação, ainda que indireta, no processo de tratamento de dados, já que é responsável, por exemplo, pela promoção e a venda de espaços publicitários propostos para rentabilizar o serviço prestado. Nesse processo, o motor de busca acaba por organizar os resultados e os modelos de acordo com as particularidades dos mercados locais e as diferentes exigências dos usuários do sistema.

Em seguida, o Tribunal passou a analisar a questão mais polêmica: qual seria o alcance da responsabilidade do operador do motor de busca? O operador do motor de busca poderia, em determinadas situações, ser obrigado a suprimir a lista de resultados da Search Engine Results Page (SERP)? Para responder a essas questões, o Tribunal ressalta que qualquer internauta ao realizar uma pesquisa a partir do nome de uma pessoa tem acesso a uma visão global e estruturada das informações que combinadas contribuem com a formação de uma identidade virtual.

Com o aumento da importância dos sistemas de busca de informações na internet e a quantidade de dados levantados, esse processo não poderia se pautar, exclusivamente, no interesse econômico do operador do motor no tratamento dos dados. Dessa forma, deve-se reconhecer ao interessado o direito previsto no artigo 14 da diretiva em face do operador do motor de busca, no sentido de se garantir a supressão das ligações da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome.

A obrigação de ocultação do resultado da busca não retira o conteúdo da página da web que gerou a informação. Trata-se, apenas, da desindexação da página¹⁹. Para evitar que a ocultação implique a supressão dos legítimos interesses do internauta referentes ao acesso à informação, o tribunal pontua a necessidade de se procurar em concreto o justo equilíbrio entre os direitos fundamentais em causa. Ainda que, para o Tribunal, exista uma prevalência do direito à proteção de dados, ressaltou-se a importância de se analisar em concreto a natureza da informação em questão e a sua repercussão para a vida privada da pessoa. Da mesma forma, o papel desempenhado pela pessoa na esfera pública pode auxiliar na composição desse difícil equilíbrio ao assinalar potencial interesse público na exibição dos resultados pesquisados.

Na parte final, encontra-se uma das passagens mais polêmicas do julgado. A pessoa interessada na supressão poderia direcionar o seu pedido diretamente ao operador do motor de busca, que passa, assim, a ter

19 “Há diferenças concretas e significativas entre a remoção e a desindexação de conteúdo da internet. Desindexar é marcar o URL (*Uniform Resource Locator*, o endereço de uma página na web) para que ele não conste dos resultados de busca de buscadores normais. Isso significa que, quando o usuário digita o conteúdo buscado em um campo de busca, ainda que o conteúdo esteja público, não será demonstrado na lista de resultados. Note-se que quando um buscador deixa de indexar um URL, isso não significa que outros buscadores também deixarão de apresentar o resultado”. VIOLA, Mario et al. Entre Privacidade e Liberdade de Informação e Expressão: existe um direito ao esquecimento no Brasil? In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: FÓRUM, 2016. p. 366.

a difícil tarefa de aferir se existe fundamento para a retirada do resultado da lista gerada. Caso o responsável pelo motor de busca não promova a desindexação, o interessado poderá submeter a questão às autoridades de controle ou aos tribunais competentes.

Na decisão, o suposto direito ao esquecimento assume, na verdade, o sentido de um direito de “não ser encontrado facilmente”. O responsável pelo motor de busca não poderá cancelar a informação no site que a publicou, mas apenas desindexá-la da lista produzida. Considerando-se que o motor de busca, como o Google, é capaz de gerar uma imagem social da pessoa, o que se pretende tutelar é, na verdade, a identidade, por meio do redimensionamento da própria visibilidade telemática, ainda que, para tanto, o interessado possa omitir ou esconder fatos e informações relevantes.

Nesse ponto, observa-se uma contradição com os argumentos anteriores: se a lógica econômica presente no processo foi realmente decisiva, como afirma o próprio Tribunal, para o reconhecimento da responsabilidade, como se explicaria o protagonismo conferido pela decisão judicial justamente ao fornecedor do sistema de busca na resolução dos conflitos entre a vida privada e o acesso à informação?

Em outras palavras, afirma-se um direito ao esquecimento como norma em tese necessária para limitar o poder econômico do operador do motor de tratamento de dados, porém, ao lançar justamente a essa parte, economicamente dominante, a tarefa (poder) de aferir se há ou não fundamento para a desindexação, o Tribunal acaba realizando o inverso. No lugar de limitar o poder econômico, reforça-o com o acúmulo do poder de dizer o que deve ou não ser esquecido.

Ainda que, nessa trilha construtiva do Tribunal, o direito ao esquecimento tenha sido afirmado de forma mais suave — desindexação e não exclusão ou proibição de conteúdo —, o poder de avaliar o que pode ou não ser encontrado com fluidez, com velocidade na internet, embora passível de reavaliação por órgão regulador ou em sede judicial, remanesce considerável. Tendo sido direcionado a quem foi, pelo Tribunal, tem-se um poder notadamente poroso à lógica e aos interesses econômicos, o que é desastroso se considerada a grande perspectiva de conflito com direito de acesso à informação, à memória, à história.

O campo jurídico, que, por seu universo específico (racionalidade, linguagem etc.), guarda autonomia relativa²⁰ a outros campos e tem, por isso, potencial para resistir a pressões externas, acaba servindo nesse caso como mero instrumento de legitimação e conservação de relações pré-existentes de poder (no caso, poder econômico de selecionar quem se beneficia de fluidez virtual²¹).

Não se trata de conjecturar em abstrato. Em verdade, já se colhem indicativos muito concretos dos perigos e contradições dessa linha decisória do Tribunal. Em apenas 24 horas após ter sido disponibilizada aos usuários uma via de exercício, nos termos da sentença, do direito ao esquecimento (no caso, de desindexação), Google Inc. declarou ter recebido 12.000 (doze mil) pedidos de remoção de conteúdo das listas de pesquisa e, poucos meses depois, chegado à casa de 70.000 (setenta mil) pedidos. Google declarou, ainda, ter acolhido 50% (cinquenta por cento) dos pedidos, rejeitado 30% (trinta por cento) e solicitado mais informações em 15% (quinze por cento)²².

Como o Tribunal limitou-se a definir quem teria o poder de analisar as demandas, não adentrando aspectos procedimentais, restou ao motor de busca definir, por conta própria, não apenas o que deve ser “esquecido”, mas como fazê-lo, isto é, a gestão do processo. Não tardou para surgirem questionamentos sobre a

20 BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

21 “Hoje, vivemos um mundo da rapidez e da fluidez. Trata-se de uma fluidez virtual, possível pela presença dos novos sistemas técnicos, sobretudo os sistemas da informação, e de uma fluidez efetiva, realizada quando essa fluidez potencial é utilizada no exercício da ação, pelas empresas e instituições hegemônicas. A fluidez potencial aparece no imaginário e na ideologia como se fosse um bem comum, uma fluidez para todos, quando, na verdade, apenas alguns agentes têm a possibilidade de utilizá-la, tornando-se, desse modo, os detentores efetivos da velocidade”. SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: Do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 40.

22 BONAVITA, Simone. *Il Diritto all'oblio e la gestione delle informazioni nella società iperconnessa*. 2016. Dissertação (Doutorado) - Università di Bologna, Bolonha, 2016. p. 315.

ausência de critérios por parte do Google Inc. no processo de exclusão de conteúdos.

O Jornal *The Guardian*, por exemplo, tendo recebido notificação automática do Google Inc., sobre a desindexação de seis matérias por ele publicadas, produziu matéria criticando a arbitrariedade nas exclusões e, de quebra, deu novo fôlego (e visibilidade) aos conteúdos que foram desindexados²³. De um lado, a demanda dos usuários pelo esquecimento, de outro, a demanda pela transparência nos critérios sobre o que deve ser esquecido: um conflito de difícil ou impossível solução. Ao notificar o autor da página sobre a decisão, mesmo sem qualquer previsão dessa medida na sentença, o Google acaba por jogar nova luz sobre o que se pretendia “apagar”²⁴.

4. CASO MANNI: O ESQUECIMENTO COMO DIREITO AO CANCELAMENTO DE DADOS NA ATIVIDADE EMPRESARIAL

Em 12 de dezembro de 2007, Salvatore Manni, único administrador da Italiana Construzioni S.r.l., sociedade responsável pela construção de um complexo turístico, propôs uma ação contra a Câmara de Comércio de Lecce na Itália.²⁵ Para o autor, a sociedade não estava conseguindo alienar as unidades imobiliárias do complexo, em razão de uma informação verídica sobre o seu passado profissional: o registro de empresa de Lecce indicava que ele havia sido administrador e liquidante, durante o processo de falência, de outra sociedade imobiliária em 1992. O cancelamento do registro dessa pessoa jurídica ocorreu somente em 2005. O autor pleiteava a condenação da Câmara de Comércio de Lecce no ressarcimento pelo “dano à imagem” causado e também o cancelamento (transformação em forma anônima) do bloco de dados que o associavam à falência da sociedade em questão.

Na sentença publicada em 2011, o Tribunal de Lecce, acolhendo o pedido do autor, determinou a transformação em forma anônima dos dados que associavam o administrador à falência da sociedade, condenando, ainda, a Câmara de Registro a indenizar o autor em 2000 mil euros. Segundo o Tribunal, as inscrições que relacionam o nome de uma pessoa a uma fase patológica da vida da empresa não podem ser perenes, perpetuando-se no tempo em razão da ausência de um interesse geral na sua conservação e divulgação.

Como a legislação não estabelecia um prazo máximo de inscrição, o Tribunal ressaltou que passado um lapso de tempo razoável da ocorrência da falência e uma vez cancelado o registro da sociedade empresária seria possível, mesmo sem qualquer referência ao nome do administrador, garantir o interesse público a uma “memória histórica” da falência e da existência da sociedade.

Após a propositura de recursos por parte da Câmara de Comércio de Lecce, a Corte de Cassação decidiu pela suspensão do procedimento para que o Tribunal de Justiça da União Europeia se manifestasse sobre as seguintes questões prejudiciais: a) o princípio da conservação dos dados pessoais por um lapso de tempo não superior ao necessário, previsto no artigo 6 da Diretiva 46/95, prevalece sobre o sistema de publicidade do registro de empresas, previsto na Diretiva 151/68? b) o gestor dos dados presentes no registro de empresas poderia, em razão da inexistência de prazo, afastar a publicidade prevista na Diretiva 151/68 em

23 BALL, James. *EU's right to be forgotten*: Guardian articles have been hidden by Google. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2014/jul/02/eu-right-to-be-forgotten-guardian-google>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

24 Além do já conhecido “efeito Streisand”, fala-se, após a decisão no caso Google Inc., do efeito “Barry Gibbs”, em referência ao membro da banda Bee Gees, que, na década de 80, fez duetos com a Barbra Streisand. Se no “efeito Streisand” a super exposição é o fruto irônico da busca de quem se pretende esquecido – quem aciona a “máquina” (jurídica, burocrática) para ser esquecido acaba trazendo para si visibilidade –; no efeito “Gibbs”, a super exposição é incrementada com a “parceria” do motor de busca – Google notifica autor sobre a exclusão do conteúdo da lista, autor dá publicidade à notificação do Google e nova visibilidade ao conteúdo desindexado. Ou seja, promete-se esquecimento e conduz-se à super exposição. BOLTEN, Eerke. *Apud* BONAVITA, Simone. *Il Diritto all'oblio e la gestione delle informazioni nella società iperconnessa*. 2016. Dissertação (Doutorado) - Università di Bologna, Bolonha, 2016. p. 338.

25 Tribunal de Justiça da União Europeia, *Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce c. Salvatore Manni*, causa C-398/15.

razão de destinatários determinados por meio de uma valoração com base no caso concreto apresentado?

Para responder aos quesitos formulados, o Tribunal estabeleceu, a princípio, que a referência ao nome de administradores e liquidantes no registro de empresas, em razão da Diretiva 151/68, enquadra-se, mesmo nos casos de atividades profissionais, na categoria dos “dados pessoais” para fins de aplicação da Diretiva 46/95. Nesse sentido, de acordo com o artigo 14 dessa norma, reconhece-se ao interessado o direito de opor-se, em qualquer momento, por razões que derivam da sua situação particular, ao tratamento dos dados pessoais, salvo disposição contrária prevista em normativa nacional.

Qualquer juízo sobre o cancelamento da inscrição passa, necessariamente, pela compreensão da finalidade do registro em questão. Nesse ponto, o Tribunal destacou que a publicidade prevista na Diretiva 151/68 destina-se à tutela do interesse de terceiros que se relacionam com as sociedades personificadas. É por meio da publicidade assegurada pelo registro dos atos essenciais da pessoa jurídica e dos seus sócios que terceiros podem acompanhar as relações de poder no interior da sociedade e identificar, na prática, as pessoas naturais que praticam efetivamente os atos que serão, ao final, imputados à própria sociedade. A publicidade prevista no artigo 3 da Diretiva 68/151 volta-se, assim, para garantir o direito de toda pessoa se informar sobre aspectos da sociedade e de seus sócios sem a necessidade de, para tanto, demonstrar algum interesse considerado merecedor de tutela.

A importância da publicidade referente aos atos societários não cessa com a dissolução da sociedade. Como ressaltado na própria decisão, mesmo após o cancelamento do registro, ocorre às vezes o exame de atos pretéritos praticados em nome da sociedade para aferição de eventuais responsabilidades pessoais por parte de sócios e administradores. Ao mesmo tempo, a publicidade exigida não alcança todos os dados, referindo-se apenas àqueles relacionados à identidade e às respectivas funções das pessoas que exercem, às vezes como órgãos, funções de controle e de administração, com poderes capazes de obrigar as sociedades perante terceiros e de representá-la em juízo.

Segundo o Tribunal, a importância da publicidade no registro de empresas não impede o juiz de valorar o caso em concreto, sempre em cotejo com o ordenamento interno, para determinar, em caráter excepcional, se o lapso temporal transcorrido após a dissolução da sociedade justificaria uma limitação ao acesso à informação por parte de terceiros. Os fatos e as razões apresentados pelo autor, como o alegado desinteresse em relação ao novo empreendimento por parte de potenciais clientes, não se inserem, contudo, na exceção que permitiria o afastamento da publicidade no caso. Em coerência com a supressão das restrições e obstáculos para a integração europeia, o Tribunal opta pela prevalência da publicidade e transparência imposta às sociedades empresárias em detrimento do direito individual do interessado no cancelamento dos dados pessoais.

A construção de uma variação do direito ao esquecimento no exercício de atividades empresárias deve ser realmente vista com muito cuidado. O direito à privacidade já foi mobilizado por sociedades empresárias para impedir a divulgação de informações que interessam a acionistas minoritários, trabalhadores, entre outros. Em 2011, por exemplo, foi levado à Suprema Corte dos Estados Unidos caso em que uma sociedade empresária, AT & T, havia mobilizado o “personal privacy” com amparo no Freedom of Information Act (FOIA), buscando impedir a publicização de documentos relativos à sua atividade empresarial. Na ocasião, foi estabelecido pelo Tribunal que a garantia mobilizada não se estendia às corporações²⁶.

No Brasil, a obrigação, em razão da instrução normativa 480/09 da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), de que empresas de capital aberto publiquem, em seus próprios sites e no da CVM, os valores da maior e menor remuneração pagas aos administradores também suscitou vários debates sobre o alcance do direito de privacidade nas sociedades anônimas. Nesses debates, algumas sociedades empresárias, mesmo sendo companhias abertas, ingressaram em juízo invocando a privacidade a fim de se eximirem da obrigação de divulgação de salários.

26 EUA. *Suprema Corte. Federal Communications Commission v. AT&T Inc.*, 562 U.S. 397. 2011. Disponível em: <<https://www.justice.gov/oip/blog/supreme-court-rejects-argument-corporations-have-personal-privacy-interests>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

Essa estratégia processual pode ter apelo, na medida em que trabalha dados e informações relativos a atividades empresariais a partir de lógica patrimonial, como se pertencessem às sociedades e a privacidade lhes garantisse um segredo ou justificasse relativização de legítimas demandas por transparência em seus atos.

Mais uma vez, a linguagem jurídica, com a abstração e impessoalidade que lhe são próprias, pode servir para camuflar interesses econômicos em jogo e para legitimar e conservar relações de poder.

5. CASOS DA CHACINA DA CANDELÁRIA E DA AÍDA CURÍ: ESQUECIMENTO COMO DIREITO DE NÃO SER LEMBRADO

Em 2013, o Superior Tribunal de Justiça julgou dois Recursos Especiais nos quais se invocou como razão jurídica o direito ao esquecimento: o REsp 1334097, relativo ao caso da Chacina da Candelária, e o REsp 1335153, relativo ao caso da Aída Curi, ambos de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão e referentes a conteúdo televisivo.²⁷

No primeiro caso, o STJ reconheceu o direito ao esquecimento como razão jurídica hábil a sustentar pedido de indenização face à TV Globo, tendo em vista conteúdo exibido por programa da emissora envolvendo o autor do pedido. O indivíduo havia sido inocentado da acusação de coautoria da Chacina da Candelária, ocorrida em 1993, com trágica morte de menores e, anos mais tarde, foi citado no programa Linha Direta, da emissora, como um dos possíveis envolvidos, embora o programa dessa notícia de sua posterior absolvição.

O indivíduo afirmou que havia recusado pedido de entrevista da produção do programa e que ainda assim a emissora optou por citá-lo na retratação do caso, veiculada em 2006. Diante disso, ingressou com pedido de indenização na Justiça sob a narrativa de que o programa teria trazido à tona e repercutido em dimensões mais amplas situação que já havia superado, reativando ódio social em torno de injusto rótulo de chacinador. Afirmou que, em razão desse novo e mais rigoroso julgamento, o social, reacendido pelo programa da emissora, foi obrigado a se isolar da comunidade em que vivia, para preservar a sua segurança e a de seus familiares. Argumentou que tais fatos feriram seu direito à paz, ao anonimato, à privacidade, e o seu direito ao esquecimento. Por direito ao esquecimento, o autor do pedido de indenização pretendeu invocar suposto direito de “não ser lembrado contra a sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado”.

O STJ, na trilha do voto do Ministro Relator, em que pese ter discorrido sobre a importância da liberdade de imprensa e os riscos democráticos de seu esvaziamento, posicionou-se pela “aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com base não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional”.

O Superior Tribunal de Justiça aduziu que a própria Constituição teria, já em abstrato, sem prejuízo de

²⁷ Outro caso importante, mas sem referência direta ao direito ao esquecimento, envolveu a apresentadora Xuxa. Ela propôs ação contra sociedade Google para obrigar o motor de busca a remover do seu site de pesquisas resultados relativos à busca com a expressão “xuxa pedófila” ou, ainda, qualquer outra que associasse o nome da autora, escrito parcialmente ou integralmente, a uma prática criminosa qualquer. O juiz de primeiro grau deferiu a tutela antecipada, determinando que o motor de busca não disponibilizasse aos seus usuários qualquer resultado relacionado aos critérios indicados pela autora, sob pena de multa. Por meio de agravo, a decisão foi impugnada pela sociedade responsável pelo motor de busca. Na ocasião, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro restringiu a liminar às imagens sem a exclusão da lista dos resultados das pesquisas. No STJ, a ministra Nancy Andrichi, relatora do caso, após analisar a natureza dos serviços de busca e aplicação do CDC ao caso, entendeu que não competia às sociedades responsáveis pelos motores de busca a incumbência de analisar se determinado site apresentava ou não dados ilícitos ou se o seu conteúdo era ofensivo à determinada pessoa. Na oportunidade, foi estabelecido que não seria razoável reprimir, desproporcionalmente, o direito da coletividade à informação sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito. Da mesma forma, havendo a identificação do autor do ilícito por meio da indicação do endereço da página, o certo seria demandar o autor do conteúdo na página e não o provedor de busca que apenas facilita o acesso por meio das pesquisas realizadas (REsp 1316921/RJ, de 2012).

melhor equacionamento no caso concreto, sinalizado para uma primazia de soluções protetivas da pessoa humana diante de conflitos aparentes entre liberdade de imprensa e direitos da personalidade como intimidade, privacidade, honra e imagem. Essa primazia, na compreensão esboçada pelo Tribunal, estaria sinalizada na proteção da dignidade humana logo no início do texto constitucional, o que, nas palavras do STJ, revelaria uma “vocação antropocêntrica” da Constituição brasileira. Nessa chave estaria, portanto, a base constitucional para o reconhecimento do direito ao esquecimento.

Sob a compreensão do STJ, a própria Constituição brasileira de 1988 teria sinalizado para uma posição preferencial, sujeita a teste em concreto (*prima facie*), dos direitos de personalidade, em relação às liberdades de expressão e de imprensa. Por todo o contexto de ruptura democrática que precedeu e inspirou a elaboração do texto constitucional de 1988, pela expressa vedação à censura, não há qualquer elemento que possa sustentar a inclinação sugerida. O Supremo Tribunal Federal e diversos pesquisadores do tema da liberdade de expressão esboçam, inclusive, compreensão oposta, isto é, a de que a Constituição brasileira de 1988 teria, em verdade, estabelecido posição preferencial às liberdades de expressão e de imprensa.²⁸

De todo modo, tentar imputar ao próprio texto constitucional uma preferência pelos direitos da personalidade configura nítida estratégia discursiva do Tribunal em camuflar ou ao menos atenuar a construção que realizou ao reconhecer, sem qualquer conformação constitucional prévia, suposto direito ao esquecimento como razão jurídica²⁹. Inovar a partir do nada tem mais ônus político do que densificar escolha já iniciada pelo texto constitucional. O órgão julgador, assim, vale-se da autoridade do texto constitucional para legitimar escolha que ele próprio realiza ao sustentar que o caminho decisório já estava em algum nível pavimentado pelo texto.

Essa estratégia configura, na gramática de Bourdieu³⁰, típico exemplo de violência simbólica, na medida em que se exerce um poder (no caso, de escolha pela afirmação e precedência do direito ao esquecimento em detrimento de outras normas jurídicas) sem que esse poder seja sinalizado, o que diminui a possibilidade de sua problematização por quem a ele se submete.

No plano infraconstitucional, o Tribunal valeu-se de analogia. Sustentou que a lógica de institutos consagrados em legislação infraconstitucional tal como prescrição, decadência, perdão, anistia, ato jurídico perfeito, direito adquirido, direito ao sigilo quanto à folha de antecedentes daqueles que já cumpriram pena, etc., é a de se conferir à passagem do tempo sentido de esquecimento, de estabilização do passado, de garantir previsibilidade ao futuro. Aludindo a esses institutos, o Tribunal mais uma vez buscou revelar escolhas supostamente já operadas pelo arcabouço legal brasileiro³¹ (e camuflar as próprias escolhas em curso), con-

28 SARMENTO, Daniel. *Parecer*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2017. Também na linha de uma opção constituinte pela posição preferencial da liberdade de expressão, com relação ao direito à honra: LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de expressão e direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 395-408.

29 Parece convergir com a nossa problematização outro trabalho da presente edição da Revista: “Tal estratégia retórica tem a função de ampliar o universo de decisões aceitáveis pela comunidade jurídica, pois inclui uma justificativa teórica relativamente sofisticada cujo resultado prático é a atribuição de objetividade (sopesamento técnico como ato doador de sentido) a decisões cujo processo formativo efetivo é dificilmente discernível de escolhas subjetivas”. COSTA, José Augusto Fontoura; MINIUCI, Geraldo. Não adianta nem tentar esquecer: um estudo sobre o direito ao esquecimento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

30 BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

31 O direito ao esquecimento não conta até o momento com uma conformação específica – na dimensão abrangente que lhe tem sido atribuída – nem no plano constitucional, nem no plano legal, daí se destacar no trabalho o processo de construção judicial em torno desse direito. Importa destacar no ponto que o artigo não compartilha da compreensão de que o Marco Civil da Internet tenha regulado, no plano legal, o direito de esquecimento. “Também não pode ser considerado direito ao esquecimento o controle de dados pessoais previsto no art. 7, X, do Marco Civil da Internet e muito menos a remoção do conteúdo por ordem judicial decorrente dos artigos 19 e 21 da mesma lei. No primeiro caso trata-se de mera relação contratual, com pedido de exclusão de dados ao término da relação entre as partes. Não se cogita aqui que os dados estejam causando potencial dano a direitos de personalidade de seu titular. O que ocorre é que este não tem mais interesse nos serviços prestados pelo site e pede para os seus dados serem excluídos de forma definitiva”. BRANCO, Sergio. *Memória e esquecimento na internet*. Porto Alegre: Arquipélago, 2017. p. 180. Em sentido contrário ver: ACIOLI, Bruno de Lima; EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto Albuquerque. Uma agenda para o direito ao esquecimento

cluindo que o ordenamento jurídico brasileiro, “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”. Assim, procurou situar o reconhecimento do direito ao esquecimento como passo natural e em sintonia com o ordenamento jurídico brasileiro.

O STJ se valeu, ainda, do argumento de autoridade do direito comparado³². Fez referência a precedentes construídos em contextos bem específicos e já superados. O voto do Ministro Relator menciona, por exemplo, o caso *Melvin vs Reid*, julgado pela Suprema Corte da Califórnia em 1931, no qual foi acolhido pedido de indenização de uma antiga prostituta, em razão de filme que, ao abordar crime de cuja autoria foi acusada e inocentada, expôs fatos de sua antiga profissão. Esse precedente americano, alinhado com o que pretendia decidir o STJ, foi seguramente superado pela jurisprudência norte-americana quanto ao direito de liberdade de expressão, que passou a atribuir-lhe inequívoca posição preferencial.

No equacionamento em concreto dos direitos invocados, o STJ conferiu bastante peso à exploração midiática exacerbada do fato, associando-a a um “populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do ‘bandido’ vs. ‘cidadão de bem’”. Argumentou que a pretexto da historicidade do fato não se deve permitir abuso à dignidade humana, podendo o direito ao esquecimento ser um corretivo das vicissitudes do passado, de processos injustos, pirotécnicos, de exploração populista da mídia. O Tribunal, assim, manteve a condenação da emissora a pagamento de verba indenizatória ao argumento de violação ao direito ao esquecimento.

Apesar das premissas amplas e abstratas mobilizadas (construídas) pelo Tribunal para reconhecer o direito de esquecimento, houve a demarcação do debate no contexto de publicação de mídia televisiva, deixando-se de fora o debate no âmbito da internet, que, de acordo com o próprio STJ, “ganha contornos bem diferenciados”, “desafia soluções de índole técnica”.

No julgamento do REsp 1335153, o Superior Tribunal de Justiça deparou-se, novamente, com a invocação do direito ao esquecimento no contexto de mídia televisiva, dessa vez por parte de familiares de Aída Curi, vítima fatal de crime ocorrido em 1958, também retratado pelo Programa Linha Direta da TV Globo. O pedido de indenização formulado pelos irmãos da vítima se amparou na ideia de que o Programa, ao divulgar o nome da vítima e ao exibir imagens reais, reativou não apenas a memória do crime, mas também o sofrimento em torno dele, “reabriu antigas feridas já superadas quanto à morte de sua irmã, Aída Curi”.

Nesse caso, o direito ao esquecimento estaria fundamentado não propriamente na demanda de não sofrer julgamento social indefinidamente, mas na demanda de não sentir dor indefinidamente, permitir que o tempo cure feridas.

O Tribunal reconheceu novamente o direito ao esquecimento, dessa vez o compreendendo como direito de vítimas de crimes e de seus familiares de “não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas”. Apesar do reconhecimento em tese do direito ao esquecimento, não entendeu haver, no caso, dever de indenizar.

Por maioria de votos, o STJ compreendeu que o fato histórico retratado, o crime, era indissociável do nome da vítima e que não houve abuso, na medida em que pelo que constava dos autos a reportagem só exibiu imagens originais da vítima uma vez, valendo-se mais de dramatizações. Assim, mesmo sem o consentimento da família, a divulgação de fotos da vítima estaria justificada e amparada pela liberdade de imprensa,

no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017. Registre-se, porém, a existência de projetos de lei que se aproximam do tema movidos por distintas preocupações e interesses. Destaca-se, no ponto, o PL 7881/2014, apresentado pelo então Deputado Federal Eduardo Cunha, que propõe tornar obrigatória a “remoção de links dos mecanismos de busca da internet que façam referência a dados irrelevantes ou defasados, por iniciativa de qualquer cidadão ou a pedido da pessoa envolvida”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1270760>. Acesso em: 15 out. 2017

32 Para uma síntese do tratamento do direito ao esquecimento no direito comparado, conferir: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Direito ao esquecimento na perspectiva do STJ. *Consultor Jurídico*, 19 dez. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-dez-19/direito-comparado-direito-esquecimento-perspectiva-stj>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

de retratar fato histórico, e não configuraria dano moral indenizável.

Apesar de reconhecer que o programa possa ter trazido à tona antigos sentimentos de angústia, dor e revolta em torno do crime, o Tribunal ponderou que o tempo teria também se encarregado de abrandar esses impactos sobre os familiares da vítima. Assim, a despeito da ilicitude, da violação do direito ao esquecimento, em termos de responsabilidade civil, não teria sido demonstrada a proporcionalidade entre dano e o pedido de indenização, sobretudo se considerado ainda o direito de liberdade de imprensa.

Nota-se que em ambos os casos, no equacionamento em concreto dos interesses, o STJ demonstrou cautela, realizando, inclusive, importante contraponto ao populismo penal. A crítica maior que se faz às decisões do STJ se volta à tentativa em abstrato de se extrair do ordenamento jurídico um novo e amplo direito sem que essa escolha, do órgão julgador, seja evidenciada, como se se tratasse de um dado constitucional, acessível a quem possui técnica jurídica. Essa tentativa se torna especialmente perigosa se considerada a ausência de uma cultura na jurisprudência brasileira de análise de elementos de distinguishing dos precedentes judiciais (isto é, das circunstâncias fáticas e jurídicas que os individualizam). Assim, a construção que hoje pode servir ao combate do populismo judicial, amanhã, sem maiores ônus argumentativos, pode servir à prática de censura.

Ambas as decisões do STJ foram objeto de recurso para o Supremo Tribunal Federal, sendo o caso da Chacina da Candelária distribuído ao Ministro Celso de Mello (Recurso Extraordinário com Agravo – ARE 789246) e o da “Aída Curi”, ao Ministro Dias Toffoli Mello (Recurso Extraordinário com Agravo – ARE 833248), tendo esse último a repercussão geral reconhecida. O Ministro Dias Toffoli, na condição de Relator do caso, no uso das atribuições que lhe o art. 21, XVII, do Regimento Interno do Tribunal, convocou audiência pública para ouvir o depoimento de autoridades e experts sobre: “i) a possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil e ii) a definição do conteúdo jurídico desse direito, considerando-se a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade”.

A audiência ocorreu no dia 12 de junho de 2017. Além da audiência pública, outro instrumento de diálogo social será utilizado no caso pelo STF, tendo vista o acolhimento, em outubro de 2017, de pedidos para participação de *amicus curiae*. O julgamento, até a escrita final desse trabalho, ainda não tinha previsão de data para ocorrer.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por este trabalho, procurou-se remontar distintas trilhas de construção da promessa jurídica do esquecimento. Em meio a tantos e diversos esforços, é de se reconhecer que há uma preocupação legítima em comum, com a tutela dos direitos da personalidade, da dignidade humana, pautando todas essas investidas.

Por outro lado essa mesma diversidade de trilhas sinaliza o mar de insegurança que uma promessa jurídica de esquecimento carrega. Ao prometer esquecimento, o que o Direito pode realmente oferecer: cancelamento de dados, contextualização, dificuldade de acesso à informação, censura?

Para além da disputa sobre o conteúdo dessa promessa, ou sobre o âmbito de incidência do direito ao esquecimento, quais atores concorreriam de fato ao poder de dizer o que deve e como deve ser esquecido? A quem confiar o controle sobre o passado e, conseqüentemente, enorme ingerência sobre o futuro? Há uma aposta, minimamente segura, ao se dispor da memória coletiva, ao se negociar acesso à informação?

Em algumas experiências retratadas por este artigo, verificou-se que houve um mínimo de diálogo institucional na construção dessa promessa, com contribuição de agência reguladora, pauta de poder legislativo,

o que produziu algum acúmulo saudável sobre o tema, sem, no entanto, atenuar as inseguranças que o cercam e os riscos autoritários que coloca.

Constatar que, no caso brasileiro, a promessa jurídica do esquecimento se inaugura pelo Poder Judiciário, sem qualquer conformação prévia, seja constitucional, seja legal, sem qualquer nível de diálogo institucional, é bastante perturbador, especialmente se consideradas as estratégias discursivas de camuflagem desse processo criativo.

Ainda que recentemente o Supremo Tribunal Federal tenha feito uso de instrumento de diálogo social, com realização de audiência pública e acolhimento de pedido de participação de *amicus curiae* no caso Aída Curi, o poder de pautar o esquecimento permanece concentrado no Judiciário Brasileiro, em uma conjuntura de muita fragilidade democrática.

Não se trata, propriamente, de demonizar o caminho institucional até o momento percorrido na construção do direito ao esquecimento no Brasil, ou de remontar expectativa de que a via da representação política tradicional, isto é, a construção pelas mãos do poder legislativo, fosse *per se* mais propensa a um trato cauteloso do tema ou mais democrática. Cuida-se de alertar para os riscos autoritários que a construção de uma promessa de esquecimento pela via do Direito, seja qual for o caminho institucional especificamente trilhado, em maior ou menor medida, apresenta.

REFERÊNCIAS

ACIOLI, Bruno de Lima; EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto Albuquerque. Uma agenda para o direito ao esquecimento no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

ANTANA, Héctor Valverde; VIANA, Rafael Souza. O compartilhamento de dados e informações pessoais de consumidores: o abuso dos fornecedores e as propostas apresentadas no PLS 181/2014. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4579>>. Acesso em: 15 out. 2017.

BONAVITA, Simone. *Il Diritto all'oblio e la gestione delle informazioni nella società iperconnessa*. 2016. Dissertação (Doutorado) - Università di Bologna, Bolonha, 2016.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BRANCO, Sergio. *Memória e esquecimento na internet*. Porto Alegre: Arquipélago, 2017.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, p. 1-17, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wpcontent/uploads/2015/02/Bucar-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2010. v. 1.

CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS. *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 13 de ago de 2017.

COSTA, José Augusto Fontoura; MINIUCI, Geraldo. Não adianta nem tentar esquecer: um estudo sobre o direito ao esquecimento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. A proteção de dados pessoais como um direito fundamental. *Revista Espaço Jurídico Journal of Law*, Joaçaba-SC, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Considerações iniciais sobre bancos de dados informatizados e o

- direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 111-136.
- DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Renovar, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Tradução de Luiz Sergio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de expressão e direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 395-408.
- ENDES, Laura Schertel. O Direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista de Direitos do Consumidor*, São Paulo, ano 20, n. 79, 2011.
- NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila. As razões da pessoa jurídica e a expropriação da subjetividade. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/12/Negri-civilistica.com-a.5.n.2.2016.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2017.
- NIGER, Sergio. *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*. Padova: CEDAM, 2006.
- ORWELL, George. *1984*. Tradução de Heloísa Jahn e Alexandre Hubner. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: A privacidade hoje*. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritto*. Roma: Editori Laterza, 2015.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Direito ao esquecimento na perspectiva do STJ. *Consultor Jurídico*, 19 dez. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-dez-19/direito-comparado-direito-esquecimento-perspectiva-stj>>. Acesso em: 13 ago. 2017.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: Do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a cegueira*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- SARMENTO, Daniel. *Parecer*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2017.
- SARTOR, G. *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*. Torino: Giappichelli Editore, 2006.
- SCHREIBER, Anderson. *As três correntes do direito ao esquecimento*. Disponível em: <www.jota.info/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017>. Acesso em: 13 ago. 2017.
- SOUZA, Carlos Afonso Pereira. *Dez dilemas sobre o chamado direito ao esquecimento*. Disponível em: <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/06/ITS-Rio-Audiencia-Publica-STF-Direito-ao-Esquecimento-Ver-sao-Publica-1.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2017.
- VIOLA, Mario et al. Entre Privacidade e Liberdade de Informação e Expressão: existe um direito ao esquecimento no Brasil? In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: FÓRUM, 2016.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Uma agenda para o direito ao
esquecimento no Brasil**

**An agenda for the right to be
forgotten in Brazil**

Bruno de Lima Acioli

Marcos Augusto de Albuquerque
Ehrhardt Júnior

VOLUME 7 • Nº 3 • DEZ • 2017
DIREITO E MUNDO DIGITAL

Uma agenda para o direito ao esquecimento no Brasil*

An agenda for the right to be forgotten in Brazil

Bruno de Lima Acioli**

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior***

RESUMO

O direito ao esquecimento tem sido apresentado no Brasil com certo *status* de direito novo, apesar de a doutrina jurídica brasileira já trabalhar com seu conceito há algum tempo. O julgamento recente do caso Google Spain na Europa reacendeu o debate jurídico sobre o direito ao esquecimento em todo o mundo, inclusive, no Brasil. Porém, a formulação de uma agenda para esse direito segue prejudicada pela ausência de trabalhos mais detalhados sobre a definição e os vários significados acerca do direito ao esquecimento. Este trabalho se propõe a solucionar esse problema terminológico, trazendo à doutrina brasileira uma classificação do direito ao esquecimento enquanto um termo guarda-chuva, a partir do qual derivam cinco direitos de conteúdo diversos: direito à reabilitação, direito ao apagamento, direito à desindexação, direito à obscuridade e o direito ao esquecimento digital. Este trabalho conterà, ainda, análise de julgados recentes no Superior Tribunal de Justiça e da lei do Marco Civil da Internet, confrontando seus avanços e insuficiências em relação aos vários significados que o direito ao esquecimento resguarda. Solucionando esse problema terminológico, pois espera-se que este trabalho colabore para um melhor direcionamento possível para a doutrina, a legislação e a jurisprudência do direito ao esquecimento no Brasil.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento. Direito à Privacidade. Direito à Informação. Internet.

* Recebido em 21/10/2017
Aprovado em 06/12/2017

** Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Graduado em Direito pelo Centro Universitário CESMAC. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Universidade Integrada Tiradentes (UNIT). Bolsista CNPq/Capes. Email: bruno.acioli@uol.com.br

*** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor de Direito Civil da UFAL. Membro do Grupo de Pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas (CONREP/UFPE). Advogado. Email: marcos Ehrhardt@uol.com.br

ABSTRACT

The right to be forgotten has been presented in Brazil with some status of a new right, though the Brazilian law review had already worked with its idea for quite some time. The recent Google Spain relighted the legal debate about the right to be forgotten worldwide, and also in Brazil. However, the formulation of an agenda for this right remains impaired because of the absence of more detailed papers about the definitions and the several meanings around the right to be forgotten. This paper aims to solve the terminological problem, introducing to the Brazilian doctrine a classification of the right to be forgotten as an umbrella term, from which five different rights are branched: right to rehabilitation, right to deletion, right to de-indexing, right to obscurity and right to digital oblivion. This works will

also have an analysis of recent cases from the Brazilian Superior Court of Justice and the Brazilian Internet Legal Framework, confronting its improvements and failures on relation to the many meanings that the right to be forgotten holds. By solving this terminological problem, then, we hope that this work will support a better possible direction for the legal doctrine, legislation and the jurisprudence of the right to be forgotten in Brazil.

Keywords: Right to be Forgotten. Right to Privacy. Right to Information. Internet.

1. INTRODUÇÃO

Peter Fleischer¹, conselheiro do Google na Europa, criticava que o direito ao esquecimento vinha sendo usado como uma espécie de *slogan* político, um termo vago sobre um direito de conteúdo impreciso, comparado com certo exagero, a um teste de *Rorschach*, no qual cada um enxerga o que sua mente deseja ver.

Alguém que venha a pesquisar mais a fundo o que a doutrina nacional e estrangeira tem escrito sobre o direito ao esquecimento nesses últimos cinco anos perceberá que persiste, ainda, relativa indefinição sobre o total significado e real alcance desse direito. No Brasil, em especial, muito se fala sobre o reconhecimento da compatibilidade do direito ao esquecimento com o ordenamento jurídico brasileiro, mas, ainda, pouca doutrina foi produzida sobre — as balizas de — sua aplicação.

A questão é, ainda, mais dificultosa quando o que se debate, principalmente, hoje, é a criação de lei para o exercício do direito ao esquecimento na internet, ambiente no qual o problema da lembrança de acontecimentos passados é mais preocupante, visto a tendência da informação se perpetuar na rede para sempre. Também é um problema o fato de que, sendo a internet tecnologia de uso global, as soluções apresentadas, até o momento, em termos de esquecimento, tendem a ser caseiras, voltadas para a aplicação em determinados países ou determinadas regiões.

Há um descompasso, principalmente, entre a doutrina produzida na Europa, que se concentra muito em função da decisão do Tribunal de Justiça Europeu no caso *Google Spain*, e a doutrina produzida no continente americano, em especial nos Estados Unidos, o que revela, além das diferenças entre tradições jurídicas, a discordância de autores americanos ante a solução proposta pela União Europeia.

Nesse choque transatlântico, o Brasil, que tem o posicionamento histórico de adotar modelos e teorias típicas do *civil law* europeu-continental no que diz respeito aos direitos da personalidade, mostra, em importantes julgados recentes² e na sua produção doutrinária mais atual, que vem se aproximando, significativamente, da tradição americana de defesa das liberdades de expressão, mesmo que isto signifique sacrifícios para o direito à privacidade.

Em razão do sentimento de inadequação ou de descontentamento com o direito ao esquecimento tal como autorizado pela corte europeia, o qual consiste na desvinculação — ou desindexação — de *links* e informações nos provedores de busca, juristas já se manifestaram no sentido de sustentar outras formas diferentes para o exercício desse direito.

A leitura do histórico de decisões do passado que receberam a etiqueta de “direito ao esquecimento” e a comparação destas com o recente caso *Google Spain* demonstram uma evolução conceitual desse direito. E, além disso, revelam que não se trata de um direito único, mas de uma espécie de “termo guarda-chuva” que aponta para diferentes direitos, diferentes soluções.

1 FLEISCHER, Peter. *The Right to be Forgotten or How to Edit your History*, 29 jan. 2012. Disponível em: <<http://peterfleischer.blogspot.com.br/2012/01/right-to-be-forgotten-or-how-to-edit.html>>. Acesso em: 7 mar. 2017.

2 Por exemplo, o posicionamento do STF pela legalidade das biografias não autorizadas exarado no julgamento da ADI 4815/DF.

Uma agenda brasileira deverá passar, necessariamente, pelo questionamento de qual direito ao esquecimento é o mais adequado perante as estruturas e valores constitucionais contemplados no ordenamento jurídico brasileiro.

2. ALGUNS APONTAMENTOS INICIAIS SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Em definição bastante sintética, podemos dizer que o direito ao esquecimento é “[...] o direito de uma determinada pessoa não ser obrigada a recordar, ou ter recordado certos acontecimentos de sua vida”³.

Desde a edição do enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF) e do julgamento dos Resp 1.334.097/RJ e Resp 1.335.153/RJ pelo Superior Tribunal de Justiça, o direito ao esquecimento passou de vez a fazer parte do debate jurídico brasileiro.

O enunciado 531, proposto por Guilherme Magalhães Martins, em leitura atual do artigo 11 do Código Civil — sobre os direitos da personalidade —, afirma que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

Logo em seguida, justifica e deixa bem claro que o direito ao esquecimento “não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”⁴.

Daniel Bucar⁵ faz uma correlação entre o enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, e o enunciado 404, proposto por ele, anteriormente, na V Jornada⁶, que assim confere nova leitura ao artigo 21 do Código Civil:

A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas.

Bucar é adepto da concepção de direito à privacidade enquanto direito à autodeterminação informativa, contemplando a possibilidade de o indivíduo exercer o controle espacial, contextual e temporal dos próprios dados. Para ele, o direito ao esquecimento é uma modalidade desse controle temporal.

A ideia de privacidade enquanto direito à autodeterminação informativa é uma doutrina majoritária na Europa continental, tendo como grande mérito a expansão da noção de direito à privacidade para além do clássico conceito americano de *right to be let alone* (direito de ser deixado em paz), ou seja, para além de um tipo de controle espacial que consiste na determinação pessoal do indivíduo sobre seu espaço de convivência, ou seja, a delimitação de seu espaço de consentimento frente a possíveis ações intrusivas em sua esfera privada.

Mayer-Schönberger⁷ explica que os países europeus começaram a se distanciar do conceito de privacidade informacional clássico americano a partir de meados dos anos 1980, com a criação de leis com o objetivo de conceder poder ao indivíduo com a possibilidade de controle das informações sobre si e, com isto, moldar sua participação em sociedade.

3 CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Luís Holanda. Direito Civil: Da Memória ao Esquecimento. In: CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Vivianny (Org.). *Direito à Memória e Direito ao Esquecimento*. Maceió: Edufal, 2015. p. 22.

4 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *VI Jornada de Direito Civil*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2013. p. 89.

5 BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, jul./set. 2013. p. 3. Disponível em: <<http://civilistica.com/controle-temporal-dedados-o-direito-ao-esquecimento/>>. Acesso em: 16 ago. 2016

6 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *V Jornada de Direito Civil*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 69.

7 MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. Nova Jérsei: Princenton University Press, 2009. p. 137.

Stefano Rodotà⁸, jurista italiano, é um dos principais exportadores dessa concepção europeia de direito à autodeterminação informativa para o Brasil, concebendo, ele, a privacidade como uma forma do indivíduo de determinar as “[...] modalidades de construção da esfera privada em sua totalidade”, indo para além do âmbito de proteção do espaço individual, em direção à construção das condições de cidadania na era digital.

Ademais, com a mudança de paradigma do puro controle espacial do direito de ser deixado em paz, que lidava somente com a presença ou ausência de consentimento da pessoa em partilhar determinada informação, para a sua complementação pelas hipóteses de controle contextual e temporal, os processadores de dados precisam se adequar para, também, observar o contexto e o propósito do recolhimento e processamento de uma informação⁹. Da mesma forma, legisladores e juízes, também, devem se adequar a esse novo paradigma.

Assim, Cécile de Terwangne¹⁰ argumenta que o direito ao esquecimento, que uma vez já foi totalmente associado à ideia de passagem do tempo, significa, hoje, uma parte importante do direito de um indivíduo à sua autodeterminação informativa. Ou seja, é muito mais do que a quebra de um elo entre passado e presente, mas a possibilidade do exercício pessoal de uma autonomia informacional.

3. AS ORIGENS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO MUNDO OCIDENTAL

Embora a recente discussão internacional sobre o direito ao esquecimento tenha a internet como ponto de ignição — principalmente depois do caso *Google Spain* —, suas raízes são bem mais antigas.

Juristas europeus e americanos têm feito uma varredura no histórico jurisprudencial de seus países e encontrado casos paradigmáticos do passado que, analisando um conflito entre direitos da personalidade e liberdades comunicativas, se posicionaram a favor de um direito ao esquecimento para a proteção da privacidade da pessoa afetada.

3.1. Droit à l’oubli, right to be forgotten

Afirma-se, em geral, que a origem do direito ao esquecimento na Europa está no *droit à l’oubli* (traduzindo-se, literalmente, “direito ao esquecimento”), reconhecido pelas cortes francesas por volta do ano de 1965 — embora, à época, não com esse nome —, tratando-se da possibilidade de um ex-condenado não ser sujeito a publicações na imprensa sobre as razões de sua condenação, de forma a se facilitar a sua reinserção na sociedade¹¹. Enquanto isso, as origens do *right to be forgotten* nos EUA são traçadas ao icônico caso *Melvin v. Reid*, de 1930¹².

Voss e Castets-Renard¹³ dizem que alguém pode ir ainda mais longe para encontrar as raízes do direito

8 RODOTÀ, Stefano. *A Vida na Sociedade de Vigilância: A Privacidade Hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 129.

9 MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. Nova Jérsi: Princenton University Press, 2009. p. 138.

10 DE TERWANGNE, Cécile. The Right to be Forgotten and Informational Autonomy in the Digital Environment. In: GHEZZI, Alessia et al (Org.). *The Ethics of Memory in a Digital Age: Interrogating the Right to be Forgotten*. Basingstoke: Palgrave Macmillan Memory Studies, 2014. p. 87-88.

11 PINO, Giorgio. The Right to Personal Identity in Italian Private Law: Constitucional Interpretation and Judge-Made Right. In: VAN HOECKE, Mark; OST, François (Org.). *The Harmonization of Private Law in Europe*. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 237.

12 MANTELERO, Alessandro. The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the Roots of the ‘Right to be Forgotten’. *Computer Law and Security Review*, Amsterdã, v. 29, n. 3, p. 230, 2013. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364913000654>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

13 VOSS, W. Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. Proporsal for an International Taxonomy on the various forms of the “Right to be Forgotten”: A study on the convergence of norms. *Colorado Technology Law Journal*, Boulder, v. 14, n. 2, p. 284, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2800742>. Acesso em: 12 mar. 2017.

ao esquecimento na Lei de Imprensa francesa de 1881, que proibia a divulgação de informações pessoais acerca de certos processos judiciais específicos, como dados relacionados a divórcio, separação, filiação, entre outras questões de interesse particular.

Enfim, independentemente de sua precedência, seja na Europa ou nos EUA, a grande questão é que, hoje, observando-se o debate jurídico nas democracias ocidentais sobre o direito ao esquecimento, chega-se à conclusão de que este carrega terminologia de dimensão ampla, um pouco obtusa, utilizada para designar vários direitos diferentes.

Como já dissemos anteriormente, a relativa indefinição que ainda segue nesse debate jurídico, principalmente em terras brasileiras, prejudica a construção de qualquer agenda mais robusta sobre privacidade e esquecimento para o direito brasileiro. Sendo assim, o primeiro passo para qualquer doutrina mais profunda depende, em primeiro lugar, do entendimento acerca da extensão semântica e jurídica da categoria a qual ficou conhecida como *direito ao esquecimento*.

3.2. O grande marco contemporâneo para o debate sobre o direito ao esquecimento: o caso Google Spain

O direito ao esquecimento não é direito novo, tendo suas origens datadas pelos juristas, ao menos, no século XX. Mas por que tem sido tratado como se fosse novidade nesses últimos anos? A resposta está na gigantesca repercussão mundial do recente e paradigmático caso *Google Spain*, julgado, em 2014, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Em 5 de março de 2010, o cidadão espanhol MCG apresentou reclamação à Agência Espanhola de Proteção de Dados – AEPD contra *La Vanguardia Ediciones SL*, editora de jornal de grande tiragem na Catalunha, e contra o *Google Spain* e o *Google Inc*.

A reclamação era que os internautas, ao inserirem o nome dele nos motores de busca do *Google (Google Search)*, eram direcionados para duas publicações do jornal *La Vanguardia*, de 19 de janeiro e de 19 de março de 1998, que continham anúncio com seu nome acerca de venda de imóveis em hasta pública em decorrência de arresto que sofrera por dívida com a seguridade social.

O reclamante pedia que a AEPD ordenasse a *La Vanguardia* que suprimisse seus dados pessoais da página — na prática, que apagasse esses dados —, e que o Google deixasse de exibir as informações publicados pela *La Vanguardia* entre os resultados das buscas do *Google Search*, pois a dívida com o fisco já havia sido quitada há anos, de forma que a informação já não mais possuía relevância atual.

Em decisão de 30 de julho de 2010, a AEPD indeferiu o pedido no que dizia respeito ao jornal *La Vanguardia*, argumentando que a publicação havia sido legalmente justificada, tendo sido efetuada por ordem do Ministério do Trabalho da Espanha para dar o máximo de publicidade ao ato de hasta pública.

Noutro ponto, a AEPD acolheu o pedido quanto ao *Google Spain* e o *Google Inc.*, alegando a responsabilidade das provedoras de *search engine* (motor de busca) pelo tratamento de dados e pelos resultados apresentados em suas pesquisas, estando sujeitas à legislação espanhola e europeia sobre proteção de dados.

Então, argumentando a defesa da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental de proteção dos dados pessoais, a AEPD reconheceu a obrigação do *Google Inc.* e do *Google Spain* de retirada dos dados de MCG dos resultados de pesquisa em suas páginas de motores de busca, por atuarem, nessa atual sociedade de informação, como intermediários entre as informações publicadas nos sites e os usuários da internet.

O *Google Spain* e o *Google Inc.* recorreram à Audiência Nacional da Espanha que resolveu submeter a controvérsia ao Tribunal de Justiça da União Europeia para que este analisasse questões prejudiciais referentes à interpretação da Diretiva Europeia de Proteção de Dados nº 95/46/CE, entre as quais se pode destacar: a competência territorial da diretiva, a responsabilidade civil dos provedores de busca sobre os conteúdos

apresentados nos resultados de pesquisa e o âmbito de aplicação do direito ao esquecimento.

Sobre a questão da competência e âmbito de aplicação territorial da diretiva, a corte entendeu que basta haver a simples instalação de uma filial ou sucursal da empresa provedora de aplicações de internet em território da União Europeia para que a diretiva de proteção de dados seja aplicável ao caso, independentemente de a atividade de tratamento de dados, em si, estar sob responsabilidade comercial de sede em país não membro da União Europeia.

Quanto à questão da responsabilidade civil dos provedores de busca, entre os argumentos do *Google* para se eximir da responsabilidade pelos resultados apresentados, a empresa suscitou que a atividade dos motores de busca não pode ser considerada no conceito de atividade de tratamento de dados presente na diretiva europeia e que, ainda que seja considerada, a atividade dos motores de busca não deveria implicar responsabilidade por seu tratamento, alegando não exercer controle prévio sobre os dados que exhibe nos resultados de busca.

Segundo o artigo 2º, alínea *b* da diretiva 95/46 da União Europeia, considera-se como atividade de tratamento de dados:

Qualquer operação ou conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registro, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição.

O artigo 2º, alínea *d*, por sua vez, determina quem é o responsável civil pelo tratamento de dados:

A pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios do tratamento sejam determinadas por disposições legislativas ou regulamentares nacionais ou comunitárias, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos para a sua nomeação podem ser indicados pelo direito nacional ou comunitário.

A Corte Europeia rebateu os argumentos do *Google* ao afirmar a aplicabilidade do art. 2º, alínea *b*, aos provedores de busca, posto estes realizarem atividade de *recolher, recuperar, organizar e conservar* dados ao fazer a indexação de links e, ao submeter esses links indexados nos resultados de pesquisa, comunicam e colocam a disposição aos seus usuários.

A corte, também, considerou que os provedores de busca são responsáveis pelo tratamento de dados que realizam, nos termos da alínea *d* do artigo 2º, porque estes determinam *a finalidade e os meios de tratamento dos dados pessoais*.

Outro ponto enfrentado pela corte foi a questão da possibilidade da aplicação de um direito ao esquecimento tendo por base a diretiva europeia 95/46, especialmente naquilo que diz respeito ao artigo 12º, alínea *b*, referente à possibilidade de apagamento e bloqueio de dados, e ao artigo 14º, alínea *a*, que versa sobre o direito da pessoa em causa de se opor ao uso de determinados dados que lhe digam respeito, assim como a interpretação do artigo 6º, item 1, alíneas *c*, *d* e *e*, que versam sobre as condições de legitimidade das informações tratadas. Em análise aos aludidos dispositivos, durante o julgado C-131/12, a corte europeia¹⁴ entendeu que:

[...] na hipótese de se concluir, no seguimento de um pedido da pessoa em causa ao abrigo do artigo 12.º, alínea b), da Diretiva 95/46, que a inclusão na lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome, de ligações a páginas *web* publicadas legalmente por terceiros e que contenham informações verdadeiras sobre a sua pessoa, é, na situação atual, incompatível com o

14 EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Julgamento C-131/12*. Relator: Marko Ilešič, 13 de maio de 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=133559>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

referido artigo 6.º, n.º 1, alíneas c) a e), devido ao facto de essas informações serem, tendo em conta todas as circunstâncias que caracterizam o caso concreto, inadequadas, não serem pertinentes ou já não serem pertinentes ou serem excessivas atendendo às finalidades do tratamento em causa realizado pelo operador do motor de busca, as informações e as ligações em causa da referida lista de resultados devem ser suprimidas.

Ou seja, tendo em vista a possibilidade de uma informação antiga e inicialmente legítima vir a se tornar ilegítima, o tribunal reconheceu o direito fundamental individual de uma pessoa exercer o seu direito à desindexação de determinadas dados expostos nos resultados de sites de busca, com base nos artigos 7^{o15} e 8^{o16} da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, prevalecendo, *a priori*, esse direito de autoterminação informativa ante o interesse económico dos provedores de busca e o interesse do público em acessar esses dados.

Ante, pois, essas exposições, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu, em 13 de maio de 2014, no julgamento C-131/12, conceder permissão para que os cidadãos europeus peçam a empresas provedoras dos motores de busca, tal como o *Google*, que removam links para páginas que exponham seus dados pessoais quando essas informações possam ser consideradas imprecisas, inadequadas ou irrelevantes, conforme trecho da parte dispositiva do acórdão:

[...] no âmbito da apreciação das condições de aplicação destas disposições, importa designadamente examinar se a pessoa em causa tem o direito de que a informação em questão sobre a sua pessoa deixe de ser associada ao seu nome através de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome, sem que, todavia, a constatação desse direito pressuponha que a inclusão dessa informação nessa lista causa prejuízo a essa pessoa. Na medida em que esta pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7.º e 8.º da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público devido à sua inclusão nessa lista de resultados, esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão, em virtude dessa inclusão.

Em resumo, o Tribunal de Justiça da União Europeia, nesse icônico caso *Google Spain*, decidiu, entre outras coisas, que os provedores de motores de busca são responsáveis pelo tratamento de dados que realizam ao coletar informações na rede e exibi-las em seus resultados de busca. Tendo em vista essa responsabilidade e reconhecido o direito individual à desindexação, cada cidadão europeu está autorizado, por si próprio, a solicitar, extrajudicialmente, que o *Google* ou qualquer outro site de motores de busca realize a retirada de links imprecisos, inadequados, irrelevantes ou excessivos sobre sua pessoa. O site, então, deve analisar essa solicitação e decidir se seu acolhimento é cabível. Caso o site de buscas se negue a realizar a desindexação, o cidadão europeu poderá demandar a empresa responsável para que a controvérsia seja resolvida em vias judiciais.

A decisão da corte europeia tem recebido inúmeras críticas, não somente na Europa como no resto do mundo, apesar de ter servido de modelo para outras cortes e legislações fora do continente europeu para a aplicação do *direito ao esquecimento* na internet.

Frisamos, não obstante, que o procedimento estipulado pela sentença do Tribunal de Justiça da Europa é, apenas, uma das possíveis formas que o direito ao esquecimento pode vir a assumir, havendo outras pos-

15 Artigo 7º. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.

16 Artigo 8º. 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

sibilidades de sua aplicação, tal como será visto nos tópicos subsequentes.

4. O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO MARCO CIVIL DA INTERNET BRASILEIRO

Alguns juristas brasileiros têm declarado inexistir qualquer previsão em texto de lei para algum direito ao esquecimento no Brasil. O argumento, contudo, é equivocados. Como Voss e Castets-Renard¹⁷ bem observaram, o artigo 7º, inciso X do Marco Civil brasileiro da Internet trata de uma espécie de direito ao esquecimento:

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

[...]

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei.

O dispositivo do Marco Civil referido acima remonta a outras normas que regulam as relações de consumo no direito brasileiro com a possibilidade de apagamento dos dados do consumidor após estes terem cumprido a finalidade para a qual foram coletados, a exemplo do artigo 43, §1º do Código de Defesa do Consumidor, que prevê o apagamento de informações negativas dos bancos de dados e cadastros dos consumidores após o transcurso de um prazo de cinco anos.

Outra hipótese notável de direito ao esquecimento prevista no Marco Civil, é preciso destacar, está exposta em seu artigo 21, que disciplina a responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet em apagar vídeo que contenha cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado, quando este for publicado na rede sem a autorização de seus participantes:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Podemos afirmar, para além do direito de apagamento dos vídeos, esse artigo 21 é a única modalidade possível retirada de informações da internet a ser exercida extrajudicialmente — de modo semelhante ao caso *Google Spain* — reconhecida no Marco Civil. A razão dessa celeridade extrajudicial prevista nesse dispositivo não se justifica na defesa da intimidade pura e simplesmente, mas está sustentada na ausência de um direito à informação sobre fatos e atos relativos à intimidade sexual das pessoas.

Porém, esses dispositivos mencionados do Marco Civil, apenas, preveem a possibilidade de apagamento de informações, ao passo que o âmbito de aplicação do direito ao esquecimento na internet é bem mais amplo, contemplando, também, a possibilidade de direito à desindexação, a qual fica subentendida no artigo 19 do Marco Civil.

Para além desses casos de relações de consumo ou desses casos mais extremos que envolvem a exposição não consentida da intimidade sexual, o artigo 19 do Marco Civil assume que os possíveis conflitos relativos ao direito à privacidade e ao esquecimento deverão ser solucionados por via judicial, ante o maior interesse da proteção da liberdade de expressão. O artigo 19, *caput*, é claro nesse sentido:

17 VOSS, W. Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. Proporsal for an International Taxonomy on the various forms of the “Right to be Forgotten”: A study on the convergence of norms. *Colorado Technology Law Journal*, Boulder, v. 14, n. 2, p. 317, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2800742>. Acesso em: 12 mar. 2017.

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

O grande problema do Marco Civil, no que diz respeito ao direito à desindexação, é não trazer, expressamente, nenhum dado ou norte possível para a aplicação desse direito pelos tribunais. As hipóteses principais de responsabilidade civil dos provedores de aplicações levantadas no texto legal apenas dizem que a responsabilidade pela retirada de conteúdo surge a partir de ordem judicial. Quanto aos parâmetros de julgamento a ser adotados pelos juízes no que diz respeito ao direito à desindexação, o Marco Civil foi silente.

Ante a essa lacuna, tramitam, no Congresso Nacional, alguns projetos de lei sobre o direito ao esquecimento enquanto direito à desindexação, entre eles, o PL 7881/2014, o PL 1676/2015 e o PL 2712/2015. Tendo em vista a melhor técnica legislativa e a redação mais completa ser aquela do PL 1676/2015, a Câmara dos Deputados decidiu por apensar os outros dois projetos a ele, para que tramitem juntos.

Isto dito, é válido traçar alguns comentários e, principalmente, críticas a esse projeto de lei, de autoria do deputado Veneziano Vital do Rêgo.

Na parte que interessa a este trabalho, o PL 1676/2015¹⁸, em seu artigo 3º, *caput*, assim define direito ao esquecimento:

Art. 3º O direito ao esquecimento é expressão da dignidade da pessoa humana, representando a garantia de desvinculação do nome, da imagem e demais aspectos da personalidade relativamente a fatos que, ainda que verídicos, não possuem, ou não possuem mais, interesse público.

É merecido dizer que a definição para direito ao esquecimento adotada no projeto é boa e está em consonância com a doutrina jurídica brasileira e estrangeira. Porém, a redação começa a apresentar problemas a partir do parágrafo único deste artigo 3º:

Art. 3º [...]

Parágrafo único. Os titulares do direito ao esquecimento podem exigir dos meios de comunicação social, dos provedores de conteúdo e dos sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, independentemente de ordem judicial, que deixem de veicular ou excluam material ou referências que os vinculem a fatos ilícitos ou comprometedores de sua honra.

O parágrafo único do artigo 3º desse projeto de lei mostra a influência que o legislador brasileiro sofreu da decisão da Corte Europeia no caso *Google Spain*, que determinou a possibilidade do exercício do direito à desindexação extrajudicialmente, em solicitação direta ao provedor de buscas. Não é necessário repetir, porém, que a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia foi alvo de várias críticas no Brasil e fora dele, sendo considerada incompatível com o nosso ordenamento jurídico.

Daniel Sarmiento¹⁹ criticou fortemente a transferência de responsabilidade do ato decisório que a corte europeia delegou aos sites de busca, instituições privadas, incumbindo estas em ponderar o direito à privacidade do prejudicado em face do direito à informação da coletividade. Sarmiento acredita que tal medida estimula a censura privada. Por tais razões, o jurista refuta a aplicabilidade desse direito ao esquecimento tal como desenhado pela corte europeia no Brasil, tendo em vista assumir a ideia de que o direito à liberdade de expressão tem posição preferencial no ordenamento brasileiro.

18 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PL 1676, 26 de maio de 2015*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1339457&filename=Tramitacao-PL+1676/2015>. Acesso em: 14 nov. 2015.

19 SARMENTO, Daniel. Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 208, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=VOLUME%207%20|%20jan-ar%202016&category_id=123&arquivo=data/revista/volume7/rbdcivil_volume_7.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2016.

Igualmente, Ronaldo Lemos e Carlos Affonso²⁰ criticam a criação de uma “justiça privada” pela decisão da corte europeia, declarando que a transferência dessa obrigação de ponderação do judiciário para os provedores de buscas é um estímulo à censura.

O projeto de Vital do Rêgo é mais gravoso ainda que o caso *Google Spain*, pois sua redação não somente transfere essa atividade de ponderação do Poder Judiciário para as empresas provedoras de sites de busca, como, também, estende esse leque para abranger, na atividade de “justiça privada”, os meios de comunicação social e os provedores de conteúdo.

O projeto já se mostraria suficientemente problemático pela simples redação do parágrafo único do artigo 3º, mas o artigo que segue apresenta determinações também preocupantes, que não refletem a posição consolidada na doutrina:

Art. 4º Os meios de comunicação social, os provedores de conteúdo e os sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, devem criar, dentro de noventa dias, departamentos específicos para tratar do direito ao esquecimento, com a disponibilização de endereços físicos e telefones, destinados a receber reclamações, que deverão ser registradas numericamente. § 1º Os meios de comunicação social, os provedores de conteúdo e os sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, na hipótese de não reconhecerem a existência do direito ao esquecimento, deverão fornecer ao requerente, por escrito, motivadamente, as razões da negativa, em até trinta dias.

§ 2º O prazo máximo de trinta dias mencionado no § 1º não constitui impedimento para a pronta solução de casos mais urgentes.

§ 3º O descumprimento do dever de instalação dos departamentos encarregados do respeito ao direito ao esquecimento ou o seu mau funcionamento acarretará a responsabilidade dos meios de comunicação social, dos provedores de conteúdo e dos sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, a ser promovida por meio de ação civil pública.

Primeiramente, cumpre ressaltar a inviabilidade prática do *caput* do artigo 4º em determinar que “os meios de comunicação social, os provedores de conteúdo e os sítios de busca da rede mundial de computadores” criem departamentos específicos que constem endereços físicos e, até mesmo, número de telefone. Fora, também, a grande dificuldade de submeter uma determinação de difícil cumprimento para um número genérico de meios de comunicação social ou de provedores de conteúdo, tendo em vista a grande virtude da rede em ser plural nas mais diversas fontes de informação, desde o jornalismo independente até o sem número de sites de conteúdo administrados por uma só pessoa, como *hobbie* ou como atividade de pequeno ou de quase nenhum lucro. É tecnicamente inviável que pequenas empresas ou jornalistas independentes cumpram os requisitos previstos nesse projeto, ante os custos operacionais para se montar todo o aparato exigido.

O parágrafo terceiro também se mostra bastante questionável ao submeter os meios de comunicação e os atores da rede a penalidades por meio de ação civil pública caso, simplesmente, seus “departamentos encarregados do respeito ao direito ao esquecimento” apresentem mau funcionamento.

Em resumo, o projeto de Lei nº 1676/2015 apresenta dispositivos temerários que enfraquecem valores de uma internet aberta, plural e democrática, sejam esses valores presentes como direitos e princípios no Marco Civil na Internet, sejam, de modo geral, os princípios e direitos fundamentais que alicerçam a liberdade de expressão e a livre iniciativa, consagrados na Constituição Federal brasileira.

A deficiência do projeto de lei analisado acima, pois, reflete o estado ainda primitivo do debate público sobre direito ao esquecimento no Brasil, assim como, também, a certa insuficiência da doutrina jurídica brasileira em trabalhar com a amplitude de formas e significados traduzidos dentro do conceito amplo de direito ao esquecimento.

20 SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet: Construção e Aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada, 2016. p. 126.

5. AS VÁRIAS FORMAS DE DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento tem, muitas vezes, sido tratado, tanto na doutrina nacional quanto na doutrina estrangeira, como uma espécie de direito *uno*. Há, em verdade, uma série de críticas e divagações quanto ao uso da expressão “direito ao esquecimento” e sua multiplicidade de significados.

Por exemplo, Rolf H. Weber²¹ suscita haver uma confusão no uso dos termos *right to be forgotten* e *right to forget*. Segundo o autor, *right to forget* (*direito de esquecer*), na voz ativa, referir-se-ia à situação de que um evento passado não deve ser mais lembrado em razão da perda de sua atualidade pela passagem do tempo. *Right to be forgotten* (*direito de ser esquecido*), por sua vez, diria respeito ao desejo de o indivíduo de ter controle sobre alguma informação que ele deseja que seja apagada.

Ou seja, o *right to forget* seria o “direito ao esquecimento” propriamente dito, tal como no exemplo do *droit a l’oubli* francês, enquanto o *right to be forgotten* representaria algum direito do indivíduo de apagar informações sobre si, algo bem próximo da ideia de *direito à autodeterminação informativa* europeu.

Por sua vez, Voss e Castets-Renard²² encaram o *right to be forgotten* como uma espécie de termo “guarda-chuva”. Portanto, o *direito ao esquecimento*, enquanto terminologia, guarda mais de um significado, que pode ser:

- 1 – *right to rehabilitation* (direito à reabilitação);
- 2 – *right to deletion/erasure* (direito ao apagamento);
- 3 – *right to delisting/delinking/de-indexing* (direito à desindexação);
- 4 – *right to obscurity* (direito à obscuridade);
- 5 – *right to digital oblivion* (direito ao esquecimento digital).

Em razão da amplitude e da complexidade com que Voss e Castets-Renard lidam com as categorias do “direito ao esquecimento”, do seu significado amplo aos significados mais restritos, vamos optar pela utilização, neste trabalho, das terminologias por eles sugeridas.

Segundo os autores, tanto o direito à reabilitação quanto o direito ao apagamento teriam raízes em legislação e jurisprudência muito anteriores à Era Digital, enquanto o direito à desindexação seria uma nova interpretação do direito ao apagamento para resolver os problemas típicos da tensão entre privacidade e o livre fluxo de informações na internet. O direito à obscuridade, assim como a proposta original de direito ao esquecimento de Mayer-Schönberger, seria, por sua vez, uma propositura de alternativa menos radicais que o simples apagamento ou a desindexação.

5.1. Direito à reabilitação

O direito à reabilitação, de acordo com Voss e Castets-Renard²³, é o direito de se esquecer o passado criminal de uma pessoa que já cumpriu sua pena perante a Justiça ou que foi absolvida do crime o qual foi imputada.

21 WEBER, Rolf H. The Right to be Forgotten: More than a Pandora’s Box? *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Karlsruhe, v. 2, n. 2, p. 120-121, 2011. Disponível em: <<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-2-2011/3084>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

22 VOSS, W. Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. Proporsal for an International Taxonomy on the various forms of the “Right to be Forgotten”: A study on the convergence of norms. *Colorado Technology Law Journal*, Boulder, v. 14, n. 2, p. 298-299, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2800742>. Acesso em: 12 mar. 2017.

23 VOSS, W. Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. Proporsal for an International Taxonomy on the various forms of the “Right to be Forgotten”: A study on the convergence of norms. *Colorado Technology Law Journal*, Boulder, v. 14, n. 2, p. 300, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2800742>. Acesso em: 12 mar. 2017.

Classicamente, esse direito tem sido conferido no âmbito da relação entre indivíduo e Estado, no sentido das legislações penais que determinam que, completa a pena ou transcorrido determinado período de tempo após seu cumprimento, o nome do ex detento será retirado dos cadastros e registros criminais.

Como atestam Barros Correia Junior e Holanda Galvão²⁴, as ciências criminais, faz um bom tempo, “[...] têm trabalhado com certa facilidade com o trânsito entre a memória e o esquecimento”, sobretudo para fins de garantir a reinserção do ex condenado na sociedade e a ressocialização de seu comportamento.

No âmbito das relações privadas, a aplicação de um direito ao esquecimento enquanto direito à reabilitação já é, por sua vez, mais recente. Além do *droit à l’oubli* francês, mencionado em tópicos anteriores, há dois casos extremamente icônicos que merecem ser comentados: *Melvin v. Reid*, nos EUA, e o caso *Lebach*, na Alemanha.

Embora Voss e Castets-Renard sequer citem esses dois casos em seu trabalho, a associação entre esses dois e o conceito de direito à reabilitação proposto pelos autores é quase imediata, de forma que é válido traçar algumas linhas sobre eles.

O caso *Melvin v. Reid*, julgado pela Suprema Corte da Califórnia no início dos anos 1930, enfrentou a questão da lembrança do passado criminal de uma ex prostituta no filme *Red Kimono*, de 1929.

A prostituta Gabrielle Darley foi notícia nos principais jornais americanos no início dos anos 1910 ao responder pelo crime de matar seu alcoviteiro, sendo absolvida em júri dessa acusação em 1915. Anos mais tarde, ela abandonaria a prostituição e se casaria, passando a viver uma vida comum e anônima como a senhora Melvin. Sua sorte mudou, novamente, quando, em 1929, a produtora hollywoodiana *Wallace Reid Productions* redescobriu um relato jornalístico de seu passado e resolveu transformá-lo em filme, usando, inclusive, o nome real de Gabrielle, lançando a película sob o título de *Red Kimono*. O sucesso de público da obra cinematográfica reacendeu o interesse sobre a antiga vida “vulgar” de Gabrielle Darley Melvin, causando-lhe, por óbvio, constrangimentos com a lembrança de um passado esquecido e vexatório para os padrões sociais da época²⁵.

A Corte Californiana decidiu em favor da senhora Melvin, reconhecendo seu *direito à busca pela felicidade*²⁶, contemplando a possibilidade de uma pessoa mudar seu projeto de vida e estar protegida de ataques desnecessários à sua personalidade e reputação sobre aspectos de seu passado, reputando o dano estar consubstanciado, especialmente, no fato da produção de Reid utilizar o nome verdadeiro de Gabrielle no filme, sem pensar nas consequências adversas de sua escolha para a vida da pessoa retratada no longa.

Veja-se, o tribunal não reconheceu, literalmente, um *right to be forgotten*, mas fundamentou o julgado em leitura do “direito à felicidade” como um exercício de mudança existencial que pressupõe um direito de esquecimento dos erros do passado, o esquecimento como ponto fulcral para um novo começo.

Outro caso interessante aconteceu na Alemanha, sendo, também, reconhecido pelos juristas como um precedente histórico do direito ao esquecimento: o caso *Lebach*.

Em 1969, um crime de latrocínio chocou a opinião pública alemã. Dois homens invadiram um depósito de armas na pequena cidade de *Lebach*, assassinando quatro soldados que guardavam o local, deixando um quinto soldado gravemente ferido. Os dois homicidas foram condenados à prisão perpétua, enquanto um terceiro, partícipe que teria auxiliado os outros dois na preparação do crime, foi condenado a seis anos de reclusão.

24 CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Luís Holanda. Direito Civil: Da Memória ao Esquecimento. In: CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Vivianny (Org.). *Direito à Memória e Direito ao Esquecimento*. Maceió: Edufal, 2015. p. 22.

25 FRIEDMAN, Lawrence M. *Guarding Life’s Dark Secrets: Legal and Social Controls over Reputation, Property, and Privacy*. Palo Alto: Stanford University Press, 2007. p. 216-217.

26 MANTELERO, Alessandro. The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the Roots of the ‘Right to be Forgotten’. *Computer Law and Security Review*, Amsterdã, v. 29, n. 3, p. 230, 2013. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364913000654>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

O canal de televisão *ZDF* produziu um documentário sobre o caso, no qual identificava por nome e por foto os dois autores do crime e o terceiro partícipe, contando várias particularidades do caso, inclusive, com detalhes sobre a relação homossexual que existia entre os homens que participaram do crime. O documentário iria ao ar poucos dias antes da soltura do partícipe, que havia sido condenado aos seis anos de reclusão.

O partícipe tentou juntamente às instâncias ordinárias, sem sucesso, conseguir uma medida judicial liminar para impedir a veiculação desse documentário. A questão, eventualmente, chegou ao Tribunal Constitucional Alemão, que julgou procedente a reclamação constitucional do partícipe, entendendo haver, no caso, uma violação ao seu *direito ao livre desenvolvimento da personalidade*.

A Suprema Corte Alemã entendeu que o exercício da liberdade de expressão e de imprensa pelas instituições de radiodifusão está limitado a uma ponderação frente à proteção dos direitos da personalidade, devendo o julgador questionar o interesse concreto do público sobre essas informações e como, se possível, estas podem ser transmitidas sem que acarretem dano aos direitos da personalidade. Nesse ponto, é preciso refletir, por exemplo, se a exposição dos nomes verdadeiros e fotos dos acusados é, de fato, necessária, ou se implica intervenção muito grave à esfera de privacidade dessas pessoas²⁷.

5.2. Direito ao apagamento

Quando se fala em privacidade e tratamento de dados pessoais, é sempre interessante frisar que este não é um problema surgido na era digital. Ou seja, não é de hoje que se vislumbra a necessidade de algum tipo de direito ao apagamento sobre informações pessoais coletadas por terceiros. A preocupação com o uso e o destino das informações sobre pessoas naturais existe desde a formação do *Welfare State* nas democracias liberais, o qual, em razão de suas políticas sociais, ampliou, maciçamente, a coleta e a abrangência dos cadastros dos usuários de serviços públicos²⁸.

Na era digital, contudo, em função dos novos problemas de privacidade tipicamente surgidos nas relações civis no ambiente da internet e, não mais, somente, entre cidadãos e governo, o direito ao apagamento recebeu novo contexto, sendo o direito à privacidade, agora, objeto de leis que regulam as formas de proteção dos dados pessoais coletados por atores privados.

Voss e Castets-Renard²⁹ afirmam existir um direito ao apagamento expressamente previsto na Diretiva Europeia de Proteção de Dados nº 95/46/CE, atualmente ainda vigente, que disciplina o tratamento e a circulação de dados pessoais no território coberto pelo tratado da União Europeia.

Por força dessa diretiva, as informações pessoais, em regra, não podem ser tratadas e utilizadas *ad aeternum*, posto que podem perder legitimidade uma vez que tenham cumprido o propósito para o qual foram coletadas. Isto quer dizer que um dado que era lícito no momento da coleta pode se tornar ilícito com o decorrer do tempo, tornando-se possível que o interessado faça o pedido de seu apagamento.

Fora do continente europeu, nos Estados Unidos, destaca-se o *Children's Online Privacy Protection Act* (COPPA)³⁰, uma lei federal de 1998, posteriormente atualizada pela *Children's Online Privacy Rule* ('*COPPA rule*'), que possibilita que os pais ou responsáveis de crianças com idade inferior a treze anos possam requerer o apagamento de informações pessoais recolhidas sobre seus filhos ou protegidos aos sites e aplicações de internet.

27 SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005. p. 487-492.

28 MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. Nova Jérsei: Princenton University Press, 2009. p. 100.

29 VOSS, W. Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. Proporsal for an International Taxonomy on the various forms of the "Right to be Forgotten": A study on the convergence of norms. *Colorado Technology Law Journal*, Boulder, v. 14, n. 2, p. 302, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2800742>. Acesso em: 12 mar. 2017.

30 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Children's Online Privacy Protection Act of 1998*. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/childrens-online-privacy-protection-rule>>. Acesso em: 7 abr. 2017.

Mais recentemente, podemos destacar a *Erase Law*³¹ do estado americano da Califórnia, que permite que menores de idade requisitem, às provedoras de aplicações, o apagamento de dados que foram compartilhadas por eles próprios — ou seja, a lei não se aplica a informações publicadas por terceiros — na rede.

5.3. Direito à desindexação

O direito à desindexação é a forma de direito ao esquecimento de maior repercussão no debate jurídico atualmente, em especial depois do caso *Google Spain*, de forma tal que alguém pode, erroneamente, pensar que o direito à desindexação seria hoje a única modalidade possível — ou discutida — de direito ao esquecimento.

Como dito anteriormente, a decisão do Tribunal de Justiça Europeia, no caso *Google Spain*, recebeu algumas críticas fortes, principalmente em razão da corte europeia ter delegado ao *Google*, uma empresa privada, a tarefa de fazer o sopesamento de direitos fundamentais, entre os direitos da personalidade do ofendido e o direito à informação da sociedade.

Alessandro Mantelero³² critica a corte europeia não, necessariamente³², por conceder poder decisório sobre a ponderação entre direitos fundamentais a uma instituição privada, mas pelo fato de que a decisão da corte, baseada em uma diretiva de proteção de dados ultrapassada, concentrou poder demais no *Google*, que detém, praticamente, o monopólio de fato na atividade de provedor de buscas. Para Mantelero, a decisão do tribunal da União Europeia teve muito mais caráter político do que técnico, e não é capaz de resolver, de fato, o problema do esquecimento digital.

Porém, críticas à parte, o direito ao esquecimento enquanto direito à desindexação, tal como pensado pela corte da Europa, tem servido de modelo para decisões em vários países não membros da União Europeia, como Rússia, Japão, Canadá e, inclusive, países latino-americanos como Colômbia e Argentina³³.

5.4. Direito à obscuridade

O direito à obscuridade é um direito “nascente” proposto por juristas americanos como uma alternativa aos modelos de direito ao esquecimento aplicados na Europa continental e em outros países de tradição *civil law*.

Weber³⁴ comenta a dificuldade de se firmar um direito ao esquecimento nos Estados Unidos tendo em vista que, histórica e usualmente, o direito à liberdade de expressão garantido constitucionalmente pela Primeira Emenda tem sido aplicado em favor da livre circulação de informações — quando verdadeiras — em detrimento dos interesses de proteção aos direitos da personalidade das pessoas afetadas por elas. Essa ponderação pró-liberdade de expressão se justifica no ideal americano de democracia liberal, consubstanciado no temor das cortes americanas de que relativizações dos direitos de liberdade de expressão e de informação possam levar à censura estatal ou privada. Por essas razões, poucos foram os casos em que os tribunais dos EUA decidiram em favor de algum tipo de direito ao esquecimento, entre os quais, poder-se-ia citar nova-

31 CALIFÓRNIA. *Lei SB n. 568, 23 de setembro de 2013*. Disponível em: <http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB568>. Acesso em: 7 abr. 2017.

32 MANTELEIRO, Alessandro. The Protection of the Right to be Forgotten: Lessons and Perspectives from Open Data. *Contratto e Impresa/Europa*, Milão, n. 2, p. 735, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/287642794_The_protection_of_the_right_to_be_forgotten_lessons_and_perspectives_from_open_data>. Acesso em: 1 abr. 2017.

33 VOSS, W. Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. Proporsal for an International Taxonomy on the various forms of the “Right to be Forgotten”: A study on the convergence of norms. *Colorado Technology Law Journal*, Boulder, v. 14, n. 2, p. 328-333, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2800742>. Acesso em: 12 mar. 2017.

34 WEBER, Rolf H. The Right to be Forgotten: More than a Pandora’s Box? *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Karlsruhe, v. 2, n. 2, p. 112, 2011. Disponível em: <<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-2-2011/3084>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

mente, aqui, o caso *Melvin v. Reid*.

Mesmo os juristas americanos que se dedicam ao estudo do direito digital, atesta Paul Schwartz³⁵, geralmente, passam ao largo da temática do direito ao esquecimento e da autodeterminação informativa na rede, tendendo a se concentrar na discussão de questões como direito autoral e neutralidade da rede.

Ante a rejeição de um direito à desindexação, e ciente desses obstáculos ao esquecimento digital encontrados na Primeira Emenda, Jullie Brill³⁶, ex-comissária da Comissão Federal de Comércio dos Estados Unidos, propôs o *direito à obscuridade* como uma alternativa viável de direito ao esquecimento para os EUA, pelo qual as informações não seriam apagadas ou desindexadas, mas, por uma combinação de fatores técnicos, esses dados seriam tornados relativamente difíceis de se encontrar na rede, ou seja, ficariam obscuros.

5.5. Direito ao esquecimento digital

O *right to digital oblivion* (direito ao esquecimento digital) é a quinta categoria presente no trabalho de Voss e Castets-Renard. Ela diz respeito à proposta original do jurista austríaco, professor de Havard, Viktor Mayer-Schönberger apresentada no capítulo VI de seu livro *Delete: the Virtue of Forgetting in the Digital Age*, de 2009.

Mayer-Schönberger³⁷ propõe uma mudança no código usado pelos softwares e aplicações na internet, por meio do acréscimo de *metadados* para o seu apagamento, de modo que todas as informações compartilhadas estariam sujeitas a uma data de expiração a ser inserida, no arquivo, pelo próprio usuário. Portanto, ao salvar um determinado documento, o usuário seria induzido pelo programa a estabelecer uma data limite que, quando alcançada, resultaria no seu apagamento.

A proposta de *direito ao esquecimento* do jurista austríaco carrega uma certa característica bem mais pragmática que as anteriores trabalhadas até aqui, posto que é uma solução bem mais ligada a questões de arquitetura da rede do que a raciocínio puramente jurídico. Ser pragmático não é ser insensível a valores, de forma que Mayer-Schönberger está longe de pretender impor o esquecimento às pessoas por meio da implementação forçosa de *deadlines* às informações.

Segundo o seu argumento, as pessoas seriam avisadas de que a informação estaria próxima de atingir sua data limite, podendo editar, a bel-prazer, a data de expiração para adiá-la por mais tempo, caso concluíssem que ainda necessitam dela³⁸.

Seu ideal não é impositivo, mas, sim, propositivo. O jurista austríaco deseja que as pessoas pensem a respeito da utilidade e da necessidade de se manterem determinados dados disponíveis “para sempre”. Seu desejo é que os usuários de internet comecem a refletir sobre o problema da memória digital permanente.

5.6. Identificando as várias formas de direito ao esquecimento e suas implicações jurídicas

A classificação utilizada por Voss e Castets-Renard é bastante didática e pode ser utilizada para identificar e classificar legislações e julgados sobre o direito ao esquecimento no mundo inteiro. Ademais, é o que

35 SCHWARTZ, Paul M. The EU-U.S. Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures. *Harvard Law Review*, New Haven, v. 126, p. 1966, 2013. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2906&context=facpubs>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

36 BRILL, Julie. Why You Have the Right to Obscurity. *The Christian Science Monitor*, Boston, 15 abr. 2015. Entrevista concedida a Evan Selinger e Woodrow Hartzog. Disponível em: <<http://www.csmonitor.com/World/Passcode/Passcode-Voices/2015/0415/Why-you-have-the-right-to-obscurity>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

37 MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. Nova Jérsei: Princenton University Press, 2009. p. 169-171.

38 MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. Nova Jérsei: Princenton University Press, 2009. p. 172.

os próprios autores se propõem a fazer ao adotar esses cinco termos expostos e explicados neste trabalho.

O *right to digital oblivion* derivado da propositura original de Mayer-Schönberger e último “direito” identificado pelos autores, é uma categoria tão a parte — e específica — que poderíamos excluí-la de pronto. Weber³⁹, inclusive, põe em dúvida a viabilidade prática dessa proposta de acrescentar datas de expiração às informações ao questionar quem seria o responsável pelo apagamento desses dados. Também critica o fato de essa solução estar quase que inteiramente voltada para a capacidade de “autocensura” dos usuários de internet. Isto nos leva, então, a nos concentrar nas outras quatro categorias.

O direito à reabilitação — reconhecido como a mais antiga forma de direito ao esquecimento — estará presente nas relações privadas sempre que alguém reivindicar que algum fato desabonador de seu passado, sobretudo a prática ou a acusação de prática de crimes, for lembrado ou pretender ser lembrado pela imprensa. É um tipo de direito que, classicamente, se identificaria sob a forma de uma tutela inibitória. O ponto crítico dessa forma de direito ao esquecimento é que o entendimento jurisprudencial e doutrinário atual no Brasil sobre as liberdades comunicativas constitucionalmente protegidas indica o repúdio de toda e qualquer forma de censura prévia. Algumas dessas implicações vão ser retomadas nos tópicos seguintes.

O direito ao apagamento, por sua vez, no campo do direito privado, é reconhecido, especialmente, nas relações de consumo ou em qualquer outra relação entre particulares que possa se caracterizar por algum desnível de forças. Resulta da perda de controle de uma pessoa sobre informações pessoais, que se encontram no poder de terceiros. O direito ao apagamento não parece ser resposta razoável quando, ao contrário, esses dados pessoais não se perderam nas mãos de um terceiro determinado ou determinável, mas se encontram acessíveis a todos em algum espaço etéreo da internet.

Hodiernamente, a discussão sobre o direito ao esquecimento lida com o alcance de informações antigas sobre um indivíduo publicadas na internet e a possibilidade de seu acesso pela coletividade. Às vezes, trata de um típico *hard case* de colisão de direitos fundamentais. Por essa razão, as opções apresentadas, entre o direito à retirada (desindexação) da informação das listas-resultado das pesquisas dos sites de buscas e o direito a tornar essa informação relativamente difícil de ser encontrada pelos mesmos mecanismos de busca, tentam, na medida do possível, harmonizar o interesse de privacidade com o interesse de acesso à informação sem que, para tanto, a defesa do direito ao esquecimento resulte em algum tipo de censura, privada ou estatal.

Se no sistema jurídico dos países europeus, o direito ao esquecimento é recebido sem maiores resistências, sendo visto, essencialmente, como um produto inevitável do avanço das leis europeias de proteção de dados pessoais e da autonomia informacional na internet⁴⁰, o temor de censura revela-se com muito mais força do lado ocidental do Atlântico, nas Américas.

A desconfiança dos juristas dos países do continente Americano se sustenta, principalmente, por duas grandes razões: a origem liberal-democrática do sistema de *common law* adotado na América Anglo-Saxônica e o histórico recente de ditaduras e autoritarismo na América Latina.

Se a aplicação do direito ao esquecimento com a devida cautela – atuando como contraponto ao populismo penal do próprio Judiciário ou das mídias televisivas – pode ser muito bem-vinda pelos juristas, Joana Machado e Sérgio Negri⁴¹ alertam que “[...] a ausência de uma cultura na jurisprudência brasileira de análise de elementos de distinguishing dos precedentes judiciais”, o que é um problema compartilhado por vários países da América Latina, pode significar que “[...] a construção que hoje pode servir ao combate do popu-

39 WEBER, Rolf H. The Right to be Forgotten: More than a Pandora’s Box? *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Karlsruhe, v. 2, n. 2, p. 112, 2011. Disponível em: <<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-2-2011/3084>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

40 BERNAL, Paul. The EU, the US and Right to be Forgotten. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul (Org.). *Reloading Data Protection: Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges*. Nova York: Springer, 2014. p. 61.

41 MACHADO, Joana; NEGRI, Sérgio. Ensaio sobre a Promessa Jurídica do Esquecimento: Uma Análise a Partir da Perspectiva de Poder Simbólico de Bourdieu. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

lismo judicial, amanhã, sem maiores ônus argumentativos, pode servir à prática de censura”.

Saindo das mídias tradicionais de massa e adentrando ao âmbito específico da internet, pautas jurídicas como o direito ao esquecimento, que propõe interferir no livre fluxo de informações na rede também sofrem rejeição por se mostrar potencialmente problemáticas, principalmente porque vários movimentos recentes de reivindicação de valores democráticos ao redor do mundo se organizaram por meio das redes sociais, fato que demonstra a grande importância que a liberdade de informação na rede tem para a formação de uma esfera pública discursiva e democrática⁴².

Reverberando esta preocupação democrática, o jurista americano Jeffrey Rosen, por exemplo, declarou, com certo exagero, que o direito ao esquecimento se apresenta como a maior ameaça à liberdade de expressão na internet para as próximas décadas⁴³. De forma não muito diferente, o jurista argentino Eduardo Bertoni⁴⁴ não poupou críticas à decisão da Corte Europeia no caso *Google Spain*.

No Brasil, constitucionalistas como Daniel Sarmento⁴⁵ refletem algumas angústias típicas do pensamento democrático, comentando sobre os riscos que o direito ao esquecimento acarreta ao exercício dos direitos de liberdade de expressão e comunicação: “[...] o ônus que o “direito ao esquecimento” impõe às liberdades comunicativas são, incomparavelmente, mais graves do que os benefícios que ele enseja, sob a perspectiva dos valores constitucionais”.

O civilista Anderson Schreiber⁴⁶, porém, a respeito dessa preocupação justa e necessária sobre os limites do direito ao esquecimento frente ao direito à liberdade de informação e de imprensa, busca deixar claro que o direito ao esquecimento não concede a ninguém “[...] o direito de apagar fatos ou de reescrever a História (ainda que se trate tão somente da sua própria história)”.

Apesar de que há de se reconhecer a justeza de todos os argumentos contrários ou preciosamente cautelosos, de outro modo, o direito ao esquecimento tem sido, pois, bem recebido pela doutrina jurídica brasileira, em especial pelos civilistas, os quais pretendem encontrar um espaço de aplicação possível para esse direito no Brasil, em especial tendo o direito ao esquecimento já sido reconhecido e aplicado na jurisprudência brasileira em julgados recentes.

6. O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA DOCTRINA JURÍDICA BRASILEIRA

Apesar do reconhecimento do direito ao esquecimento pela jurisprudência brasileira ser um fenômeno recente, Otávio Luiz Rodriguez⁴⁷ afirma que juristas brasileiros já vêm realizando palestras e publicações sobre o tema há mais de vinte anos, citando textos e obras de autores como Edson Ferreira da Silva, Luiz Alberto David Araújo, Sidnei Agostinho Beneti, Francisco Rezek, Têmis Limberger e Carlos Affonso Perei-

42 Sobre a importância da internet para a manutenção de uma esfera pública discursiva aberta e democrática, ver: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 4, n. 2, p. 10, jul./dez. 2014. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2835>>. Acesso em: 4 dez. 2017.

43 ROSEN, Jeffrey. The Right to be Forgotten. *Stanford Law Review Online*, Palo Alto, v. 64, fev. 2012. Disponível em: <<https://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox-the-right-to-be-forgotten/>>. Acesso em: 1 jul. 2017. p. 88.

44 BERTONI, Eduardo. The Right to be Forgotten: An Insult to Latin America History. *The Huffington Post*, Nova York, 24 nov. 2014. Disponível em: <http://www.huffingtonpost.com/eduardo-bertoni/the-right-to-be-forgotten_b_5870664.html>. Acesso em: 6 jun. 2017.

45 SARMENTO, Daniel. Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 218, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=VOLUME%207%20|%20Jan-ar%202016&category_id=123&arquivo=data/revista/volume7/rbdcivil_volum_7.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2016.

46 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 171.

47 RODRIGUEZ JUNIOR, Otávio Luiz. Direito Comparado: Brasil debate Direito ao Esquecimento desde 1990. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 27 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

ra de Souza, que publicaram pelo menos algumas linhas sobre o direito ao esquecimento entre meados da década de 1990 e o início da década de 2000.

René Ariel Dotti⁴⁸ e David Araújo⁴⁹ já defendiam, assentados na doutrina francesa, o direito ao esquecimento como um resultado do direito do próprio indivíduo à proteção de sua vida privada. Nesse mesmo sentido, em publicação posterior, Araújo⁵⁰ voltou a falar em direito ao esquecimento, dessa vez, tratando da possibilidade de exercício desse direito por pessoa transexual.

Mais recentemente, Ingo Sarlet⁵¹ assevera, como já demonstrado neste artigo, que o direito ao esquecimento não é direito novo. Afirma, também, que este é um direito reconhecidamente constitucional, ainda que ausente dispositivo expresso que o anuncie no texto da Constituição de 1988. Trata-se, o direito ao esquecimento, de direito fundamental implícito, “[...] deduzido de outras normas, sejam princípios gerais e estruturantes, como é o caso da dignidade da pessoa humana, seja de direitos fundamentais mais específicos, como é o caso da privacidade, honra, imagem, nome, entre outros”.

Ou, especificamente, indo ao encontro da doutrina majoritária, pode-se afirmar que o direito ao esquecimento se embasa, dentre todos os direitos da personalidade, no direito fundamental à privacidade⁵².

A propósito, Daniel Bucar⁵³, como já foi exposto no início deste artigo, considera o direito ao esquecimento como um reflexo do direito à privacidade enquanto direito à autodeterminação informativa. Bucar segue a doutrina europeia contemporânea que declara o direito ao esquecimento como uma formalização do controle temporal de informações a que dispõe o indivíduo no âmbito de determinação de sua esfera de privada.

Em posição minoritária, Dominguez Martinez⁵⁴, um dos primeiros autores brasileiros a dedicar uma publicação inteiramente exclusiva a enfrentar o problema do direito ao esquecimento, afirma o direito ao esquecimento como um direito da personalidade autônomo e independente de quaisquer outros direitos da personalidade como privacidade, honra ou imagem, tendo suas próprias características e parâmetros de aplicação que fogem aos demais.

De qualquer forma, seja um direito decorrente do direito à privacidade, seja um direito autônomo, o direito ao esquecimento se caracteriza, em especial, entendem Alexandre da Silva e Marlea Macial⁵⁵, pela proteção da pessoa humana do dano ou da possibilidade de dano existencial, visto que o direito ao esquecimento se propõe a proteger o indivíduo em seu projeto pessoal de vida. Em razão dessa natureza existencial do dano, inclusive, o direito ao esquecimento “[...] se estende aos parentes e outros que possuem (possuíam) íntima relação com a pessoa envolvida com os fatos, chamado de dano em ricochete”. De tal modo, é possível que os parentes ajuízem ação pleiteando o reconhecimento do direito ao esquecimento sobre fato de uma pessoa morta, tal como no caso Aída Curi, o qual será visto mais adiante.

48 DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 90-91.

49 ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem: Pessoa Física, Pessoa Jurídica e Produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 37.

50 ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional do Transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 140.

51 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais: Tema da Moda, Direito ao Esquecimento é Anterior à Internet. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

52 EHRHARDT JR., Marcos Augusto de Albuquerque; LOUREIRO, Karina. O Direito ao Esquecimento no Direito Comparado: Análise de Precedentes Internacionais. In: CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Vivianny (Org.). *Direito à Memória e Direito ao Esquecimento*. Maceió: Edufal, 2015. p. 149.

53 BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, p. 10, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/controle-temporal-dedados-o-direito-ao-esquecimento/>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

54 MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao Esquecimento: A Proteção da Memória Individual na Sociedade de Informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 80.

55 SILVA, Alexandre Antonio Bruno da; MACIEL, Marlea Nobre da Costa. Direito ao Esquecimento: Na Sociedade Informacional Há Espaço para o Epílogo da Máquina de Tortura Kafkiana? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

Já no que diz respeito a seu espaço de aplicação, Schreiber⁵⁶ demonstra especial interesse na tensão existente entre direito ao esquecimento e direito à informação na internet, visto que “a internet não esquece”. Ronaldo Lemos e Carlos Affonso⁵⁷, ao tratarem do direito ao esquecimento na rede, são enfáticos ao falar do risco que esse direito traz para a liberdade de expressão e de informação, meta valores do uso da internet reconhecidos no Marco Civil, caso não seja aplicado da maneira mais razoável.

A lógica fluida da rede, pela qual a informação corre de maneira rápida e livre de constrições, demanda que, para a implementação do direito ao esquecimento na internet, sejam aplicadas regras distintas, tal como dispostas no Marco Civil da Internet, a respeito das quais comentamos em tópicos anteriores. A importância da liberdade de expressão e de informação na rede, a qual entra em choque com a possibilidade de sérios danos ao indivíduo pelo acesso de seus dados pessoais por terceiros, implica não ser adequado, conforme Paulo Carmona e Flávia Carmona⁵⁸ destacam, simplesmente expandir mecanismos jurisdicionais originalmente adaptados para “[...] uma conceituação pensada e desenvolvida para a realidade de publicações na mídia televisiva”.

Por outro lado, apesar de o debate mais atual sobre direito ao esquecimento lidar com a sua aplicação na internet, principalmente pelos avanços na jurisprudência europeia desde o caso *Google Spain*, o debate público brasileiro segue consideravelmente atrasado, visto que aqui se discute, primariamente, o direito ao esquecimento nas mídias de radiodifusão tradicionais, especialmente a televisão, tal como nos dois casos mais notáveis no país, que teve como polo passivo da demanda a emissora de TV Rede Globo.

7. A LIBERDADE DE IMPRENSA E OS RECENTES JULGADOS SOBRE DIREITO AO ESQUECIMENTO NO STJ

O direito ao esquecimento repercutiu, grandiosamente, no Brasil a partir de dois julgados no Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2013, ambos da relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, e ambos envolvendo matérias veiculadas no programa policial Linha Direta, da Rede Globo: o caso da chacina da Candelária, Resp nº 1.334.097/RJ, e o caso Aída Curi, Resp nº 1.335.153/RJ.

No primeiro caso, JGM ajuizou ação para reparação por danos morais em face da TV Globo Ltda. por ter seu nome completo e imagem veiculados em matéria exibida no programa Linha Direta como tendo sido um dos acusados de participação na *chacina da Candelária*, em julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro. Embora o programa tenha mencionado no ar que ele foi absolvido em júri por negativa de autoria, o autor argumenta que, ainda assim, a lembrança de sua ligação com o crime lhe causou graves danos aos seus direitos de personalidade.

A questão, eventualmente, chegou ao STJ em sede de Recurso Especial nº 1.334.097/RJ, interposto pela emissora Globo, oportunidade em que a 4ª Turma do STJ, ao realizar a ponderação entre o direito à informação e o direito à privacidade, julgou em favor do direito ao esquecimento de JGM, mantendo a condenação por danos morais no juízo ordinário e reconhecendo que, mesmo a matéria jornalística sendo lícita e contendo fatos verdadeiros, no caso concreto em análise, dever-se-ia privilegiar a proteção dos direitos da personalidade do autor.

Argumentou-se no voto, portanto, que, embora a chacina da Candelária seja um crime histórico, não podendo o fato em si ser jamais esquecido, o uso do nome e da imagem do autor deveriam ser omitidos,

56 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 170.

57 SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet: Construção e Aplicação*. Juiz de Fora: Editor Editora Associada, 2016. p. 123.

58 CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; CARMONA, Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli. A Aplicação do Direito ao Esquecimento aos Agentes Delitivos: Uma Análise Acerca da Ponderação entre o Direito à Imagem e as Liberdades de Expressão e de Informação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

posto seu esquecimento não resultar em nenhum prejuízo à narrativa do caso e ao exercício da liberdade de imprensa:

[...] a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem tampouco a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito⁵⁹.

O outro caso paradigmático envolveu a veiculação de matéria, também no programa Linha Direta, sobre a morte de Aída Jacob Curi em 14 de julho de 1958, que foi vítima de uma tentativa de estupro por três homens em um prédio de Copacabana e jogada do décimo segundo andar desse mesmo prédio por seus agressores para simular seu suicídio.

Irmãos de Aída Curi ajuizaram ação contra a TV Globo Ltda. pedindo que a emissora fosse condenada à reparação por danos materiais — uso indevido da imagem — e morais.

A questão chegou ao STJ por interposição de Recurso Especial nº 1.335.153/RJ pelos irmãos de Aída Curi, tendo sido negado provimento ao recurso pela maioria de votos da 4ª Turma do STJ. No caso específico de Aída Curi, foi negado o direito ao esquecimento em razão da importância histórica desse crime para a sociedade, pelo qual não poderia deixar de se fazer menção ao nome e a imagem de Aída Curi, como única vítima, sem se inviabilizar a narrativa do caso:

[...] assim como o direito ao esquecimento do ofensor — condenado e já penalizado — deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima — por torpeza do destino — frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido. Tal pretensão significaria, em última análise, por exemplo, tentar retratar o caso Doroty Stang, sem Doroty Stang; o caso Vladimir Herzog, sem Vladimir Herzog, e outros tantos que permearam a história recente e passada do cenário criminal brasileiro⁶⁰.

Outro argumento utilizado no voto, no que diz respeito à pretensão indenizatória pleiteada pelos familiares de Curi, reitera a impossibilidade de aplicação do direito ao esquecimento nos casos de grande repercussão social e importância histórica:

No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram

59 “RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, da 4ª Turma. *Recurso Especial nº 1.334.097/RJ*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Rio de Janeiro, 28 de maio de 2013. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

60 “RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO “AIDA CURJ”. VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, da 4ª Turma. *Recurso Especial nº 1.335.153/RJ*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Rio de Janeiro, 28 maio de 2013. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curi, o que me faz concluir que não há o abalo moral. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.

A ministra Maria Isabel Galotti e o ministro Marco Buzzi apresentaram votos divergentes afirmando, ambos, em argumentos aproximados, que assistia aos familiares de Aida Curi um direito à indenização em razão da inteligência do artigo 20 do Código Civil, posto que a emissora Globo não pediu autorização prévia à família para o uso da imagem nem da vítima, nem de um dos autores, que aparece abraçado ao corpo ensanguentado de Aída Curi em uma das fotos exibidas no programa Linha Direta⁶¹.

Alguns trechos comuns aos votos do ministro Felipe Salomão nos dois casos merecem ser destacados, principalmente no que diz respeito ao interesse público sobre os fatos criminosos e a lembrança de crimes históricos. O ministro e o Superior Tribunal de Justiça reconhecem que, de fato, determinados crimes entram para o imaginário de um país, sobretudo quando estes, a exemplo da chacina da Candelária, escancaram os problemas sociais e estruturais do Estado Brasileiro. Contudo, ressaltam que a historicidade de um fato criminoso não deve servir de motivo para que o nome e a imagem de pessoas envolvidas nesses crimes sejam lembrados para sempre, especialmente, levando-se em conta a exploração midiática artificiosa a qual estão sujeitas, que pode, inclusive, criar e transformar personagens.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o interesse público, inegavelmente presente em qualquer fato criminoso, não se perfaz, necessariamente, no tempo. Informações sobre fatos criminosos possuem vida útil, e esse interesse, em regra, se esgota com a resposta penal conferida ao fato criminoso. Nas palavras escritas no voto do relator:

Como se afirmou anteriormente, ao crime, por si só, subjaz um natural interesse público, caso contrário nem seria crime. E esse interesse público, que é, em alguma medida, satisfeito pela publicidade do processo penal, finca raízes essencialmente na fiscalização social da resposta estatal que será dada ao fato. Se é assim, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas irreversivelmente consumadas. E é nesse interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Após essa vida útil da informação, seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias e vicissitudes humanas.

Destacados alguns dos principais pontos relevantes sobre os dois casos, é possível entender que, na chacina da Candelária, mesmo em função da historicidade e da infâmia do caso, a rememoração do nome de JGM não se fazia necessária para contar esse fato histórico, especialmente por ele ter sido inocentado da participação no crime em júri. Decidiu-se proteger a privacidade e os direitos da personalidade de JGM frente ao direito à liberdade de imprensa e o pretense direito à informação da coletividade sobre os envolvidos nesse fato criminoso.

Quanto ao caso Aída Curi, ao contrário, julgou-se impossível fazer menção ao fato criminoso, que mantém interesse histórico até hoje, sem falar sobre a vítima dele. O reconhecido do direito ao esquecimento nesse caso esbarrou, portanto, em uma barreira de caráter fático. Nesse ponto, em especial, entendeu-se que a utilização do nome ou da imagem da vítima de um crime histórico, desde que dentro dos limites de

61 Mais detalhes em: RODRIGUEZ JUNIOR, Otávio Luiz. Direito Comparado: Direito ao Esquecimento na Perspectiva do STJ. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 19 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-19/direito-comparado-direito-esquecimento-perspectiva-stj>>. Acesso em: 1 maio 2017.

uma narrativa jornalística e respeitosa, é perfeitamente lícita e se sobressai ao interesse privado da família da vítima em não ter o fato lembrado. Destaca-se, o tribunal considerou como um de seus fundamentos para a decisão exarada que a passagem do tempo desde o evento trágico – no caso, mais de 50 anos da morte de Aida Curi – ameniza as dores e afasta a possibilidade de reconhecimento do abalo moral indenizável.

Fontoura Costa e Geraldo Miniuci⁶² comentam que a decisão do STJ referente ao caso Aida Curi, ao contrário daquela proferida no caso da Chacina da Candelária, seguiu um fundamento aparentemente utilitarista, posto que a ponderação entre os direitos envolvidos se desenvolveu a partir de um método em que predominou o cálculo de benefícios e de prejuízos, de forma que o resultado se apoiou na ideia de que “a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes”, assim como compara o “desconforto” causado pela lembrança com um “desproporcional corte à liberdade de imprensa”. O argumento tal como apresentado, baseado na “quantificação do sofrimento”, o qual se dissiparia com o passar dos anos e, logo, pode, em razão disso, tornar o direito ao esquecimento inaplicável, é bastante questionável.

Bem, outro comentário que merece ser destacado sobre essas decisões é que o entendimento exarado pelo STJ nesses dois julgados sobre o direito ao esquecimento entra em choque com o posicionamento adotado, mais recentemente, pelo STF no julgamento da ADI nº 4815/DF, no ano de 2015, que reconheceu a legalidade das biografias não autorizadas, assentando o entendimento doutrinário de que as liberdades comunicativas possuem posição preferencial quando em conflito com os direitos da personalidade⁶³.

A aplicação no Brasil da doutrina da posição preferencial ou, ainda, dos direitos preferências – *preferred rights*, em inglês – é um reflexo da influência que a jurisdição constitucional americana tem exercido no pensamento constitucionalista brasileiro. A ideia pela qual “[...] alguns direitos e garantias fundamentais ocupariam posições preferenciais em relação a outros direitos e garantias fundamentais”⁶⁴ precisa, contudo, ser entendida em dois termos. Rocha, Cunha e Oliveira⁶⁵ argumentam que, no entendimento mais rigoroso, os direitos de liberdade de expressão e de informação se sobressairiam em relação ao direito à privacidade, por exemplo, de forma tal que o julgador não poderia decidir contra eles. No entendimento mais flexível – e, ao que parece, é a posição adotada pela doutrina brasileira – o julgador teria uma margem maior de decisão, ponderando os direitos envolvidos caso a caso.

Nesse sentido, o Conselho da Justiça Federal manifestou, em enunciado de nº 576, na VII Jornada de Direito Civil, que, apesar do entendimento proferido na ADI nº 4815/DF sobre a posição preferencial dos direitos de liberdade de expressão e de informação, é possível se compatibilizar a interpretação do artigo 21 do Código Civil com o posicionamento do STF sobre as biografias não autorizadas, de modo que, em alguns casos, seja assegurado o direito ao esquecimento através de tutela inibitória⁶⁶.

De qualquer modo, um entendimento definitivo sobre a questão da tutela inibitória no direito ao esquecimento deverá ser contemplado apenas quando o STF vier a se pronunciar sobre o mérito do Recurso Extraordinário com Agravo nº 833.248/RJ, sobre o qual a Corte Constitucional brasileira reconheceu a repercussão geral do tema do direito ao esquecimento⁶⁷.

62 COSTA, José Augusto Fontoura; MINIUCI, Geraldo. Não Adianta nem Tentar Esquecer: Um Estudo sobre o Direito ao Esquecimento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

63 EHRHARDT JR., Marcos Augusto de A.; NUNES, Danyelle Rodrigues de Melo; PORTO, Uly de Carvalho Rocha. Direito ao Esquecimento segundo o STJ e sua Incompatibilidade com o Sistema Constitucional Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 54, n. 213, p. 69, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p63>. Acesso em: 2 maio 2017.

64 ROCHA, Maria Vital da; CUNHA, Isaac Rodrigues; OLIVEIRA, Karin de Fátima Rodrigues. Esquecimento, Internet e “Preferência” da Informação: Possibilidades de Aplicação da Doutrina dos *Preferred Rights* da Jurisprudência Norte-Americana ao Caso Brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

65 ROCHA, Maria Vital da; CUNHA, Isaac Rodrigues; OLIVEIRA, Karin de Fátima Rodrigues. Esquecimento, Internet e “Preferência” da Informação: Possibilidades de Aplicação da Doutrina dos *Preferred Rights* da Jurisprudência Norte-Americana ao Caso Brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

66 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *VII Jornada de Direito Civil*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2015. p. 17.

67 “DIREITO CONSTITUCIONAL. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO QUE ABORDA CRIME OCOR-

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ao esquecimento, tal como é considerado hoje, é um tema bastante fundamental para a construção dos parâmetros para o exercício pessoal do direito à autodeterminação informativa em nosso ordenamento jurídico, numa época de memória digital perene e perda do controle fático sobre a autonomia informacional.

Essa discussão não poderia estar ausente no Brasil, momento em que a temática passou a despertar notável interesse entre os juristas brasileiros a partir, principalmente, do julgamento do caso *Google Spain* na Europa, e dos casos da chacina da Candelária e Aída Curi julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, com posterior reconhecimento de repercussão geral sobre o direito ao esquecimento pela Suprema Corte brasileira.

Dividida entre uma concepção de direito à privacidade tipicamente europeia-continental, replicada pelos civilistas, e uma acepção de direito à liberdade de expressão fundada no argumento democrático americano, replicada, principalmente, pelos constitucionalistas, tentando conciliar o “melhor dos dois mundos”, a questão do direito ao esquecimento no Brasil surge numa encruzilhada bastante sensível de escolas e entendimentos doutrinários.

Some-se a isto o fato de que o Brasil, em termos de precedente jurisprudencial nos tribunais superiores, está relativamente atrasado em relação a outros países, que estão discutindo em suas cortes máximas, no momento, o direito ao esquecimento nas mídias digitais da rede mundial de computadores, enquanto, por aqui, ainda se discute — em separado — a aplicação desse direito às mídias televisivas tradicionais.

O problema terminológico sofrido pela expressão “direito ao esquecimento”, que tem carregado diferentes significados a depender da mídia de aplicação, da solução jurídica encontrada ou, mesmo, da tradição legal do país em que esse direito é ora discutido, o que dificulta a formulação de qualquer agenda para o direito ao esquecimento no Brasil.

Por essa razão, dedicou-se boa parte deste artigo a buscar delimitar os significados que o termo direito ao esquecimento carrega no cenário atual. Em primeiro lugar, a aplicação do direito ao esquecimento como uma tutela inibitória para a publicação jornalística de fatos criminosos de alegado interesse público, amparados em um *direito à reabilitação*, esbarra numa interpretação constitucional que privilegia as liberdades comunicativas com um *status* de posição preferencial. Qualquer tentativa de suprimir essas liberdades *a priori*, vale dizer, de modo preventivo, pode ser considerada como uma forma de censura privada.

O mesmo argumento é válido para o *direito ao apagamento* e o *direito à desindexação* no ambiente da internet. Legislações que concedem aos indivíduos a possibilidade de apagamento de informações pessoais sobre as quais perderam controle são bastante restritivas, geralmente dedicadas a proteger grupos ou pessoas vulneráveis, como crianças, consumidores — quanto ao uso comercial de seus dados cadastrais — ou mulheres que foram alvo do chamado “pornô de vingança”.

Nesse contexto, a *desindexação de links* na rede foi a principal forma escolhida pela Comunidade Europeia para possibilitar aos indivíduos o exercício de seu direito à autodeterminação informativa sobre matérias, textos ou notícias publicadas sobre si na rede: ela age sobre os resultados de pesquisa apresentados pelos provedores de busca como o *Google Search*. Desse modo, “apaga-se” o elo entre informação e o terceiro que

RIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA POR FAMILIARES DA VÍTIMA. ALEGADOS DANOS MORAIS. DIREITO AO ESQUECIMENTO. DEBATE ACERCA DA HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO COM AQUELES QUE PROTEGEM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A INVOLABILIDADE DA HONRA E DA INTIMIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 833.248/RJ*. Relator: Min. Dias Tofolli, Rio de Janeiro, 9 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/02/STF-RG-no-REx-com-Ag-833248.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

faz a pesquisa, mas mantém-se intacta na internet a matéria jornalística que publicou o fato. É uma forma de conciliar as liberdades comunicativas com o direito ao esquecimento, ainda que discutível, principalmente tendo o Tribunal de Justiça da União Europeia determinado que essa desindexação pode ser requisitada, diretamente, aos provedores e realizada extrajudicialmente.

Como contraponto, para países que reconhecem algum tipo de posição preferencial na defesa das liberdades de expressão e de imprensa, como o caso histórico dos EUA e recente do Brasil, aplicam-se versões abrandadas de um *direito à desindexação*, submetido ao exame cuidadoso dos órgãos jurisdicionais ou, alternativamente, buscar-se-á formas menos gravosas de esquecimento, como o recentemente proposto *direito à obscuridade*, ainda em desenvolvimento na doutrina americana.

Uma agenda para o direito ao esquecimento no Brasil deve, necessariamente, levar em conta todas essas variantes, donde se conclui que o modelo adotado pela União Europeia no caso *Google Spain* não seria suficiente e adequado para abranger os matizes acima apresentados. Tal constatação reforça a necessidade de uma maior discussão acerca dos recentes projetos de lei que repetem o erro histórico de tentar transplantar para o cenário nacional a solução encontrada noutros países sem a necessária reflexão acerca das diferenças entre os modelos e estágio de desenvolvimento de cada sistema jurídico.

A definição de uma legislação que consiga ser, ao mesmo tempo, compatível com a posição preferencial do direito à liberdade de expressão — defendida pelos constitucionalistas — e com o reconhecimento do direito à autodeterminação informativa — defendido pelos civilistas — demanda um grande desafio tanto para a atividade legislativa, quanto para a jurisdicional, como também um compromisso dos operadores jurídicos para uma construção doutrinária que, no caso concreto, interprete e faça a melhor escolha das alternativas de solução disponíveis à luz da Constituição Federal Brasileira.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem*. Pessoa Física, Pessoa Jurídica e Produto. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional do Transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BERNAL, Paul. The EU, the US and Right to be Forgotten. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul (Org.). *Reloading Data Protection: Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges*. Nova York: Springer, 2014.

BERTONI, Eduardo. The Right to be Forgotten: An Insult to Latin America History. *The Huffington Post*, Nova York, 24 nov. 2014. Disponível em: <http://www.huffingtonpost.com/eduardo-bertoni/the-right-to-be-forgotten_b_5870664.html>. Acesso em: 1 abr. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PL 1676, 26 de maio de 2015*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1339457&filename=Tramitacao-PL+1676/2015>. Acesso em: 14 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, da 4ª Turma. *Recurso Especial nº 1.334.097/RJ*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Rio de Janeiro, 28 de maio de 2013. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, da 4ª Turma. *Recurso Especial nº 1.335.153/RJ*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Rio de Janeiro, 28 maio de 2013. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 833.248/RJ*. Re-

lator: Min. Dias Tofolli, Rio de Janeiro, 9 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/02/STF-RG-no-REx-com-Ag-833248.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRILL, Julie. Why You Have the Right to Obscurity. *The Christian Science Monitor*, Boston, 15 abr. 2015. Entrevista concedida a Evan Selinger e Woodrow Hartzog. Disponível em: <<http://www.csmonitor.com/World/Passcode/Passcode-Voices/2015/0415/Why-you-have-the-right-to-obscurity>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/controle-temporal-dedados-o-direito-ao-esquecimento/>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

CALIFÓRNIA. *Lei SB n. 568 de 23 de setembro de 2013*. Disponível em: <http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB568>. Acesso em: 7 abr. 2017.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; CARMONA, Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli. A Aplicação do Direito ao Esquecimento aos Agentes Delitivos: Uma Análise Acerca da Ponderação entre o Direito à Imagem e as Liberdades de Expressão e de Informação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *V Jornada de Direito Civil*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2012.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *VI Jornada de Direito Civil*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2013.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *VII Jornada de Direito Civil*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Luís Holanda. Direito Civil: Da Memória ao Esquecimento. In: CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Vivianny (Org.). *Direito à Memória e Direito ao Esquecimento*. Maceió: Edufal, 2015.

COSTA, José Augusto Fontoura; MINIUCI, Geraldo. Não Adianta nem Tentar Esquecer: Um Estudo sobre o Direito ao Esquecimento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

DE TERWANGNE, Cécile. The Right to be Forgotten and Informational Autonomy in the Digital Environment. In: GHEZZI, Alessia et al (Org.). *The Ethics of Memory in a Digital Age: Interrogating the Right to be Forgotten*. Basingstoke: Palgrave Macmillan Memory Studies, 2014.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

EHRHARDT JR., Marcos Augusto de Albuquerque; LOUREIRO, Karina. O Direito ao Esquecimento no Direito Comparado: Análise de Precedentes Internacionais. In: CORREIA JR., José Barros; GALVÃO, Vivianny (Org.). *Direito à Memória e Direito ao Esquecimento*. Maceió: Edufal, 2015.

EHRHARDT JR., Marcos Augusto de A.; NUNES, Danyelle Rodrigues de Melo; PORTO, Uly de Carvalho Rocha. Direito ao Esquecimento segundo o STJ e sua Incompatibilidade com o Sistema Constitucional Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 54, n. 213, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/54/213/ri_l_v54_n213_p63>. Acesso em: 2 maio 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Children's Online Privacy Protection Act of 1998*. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/childrens-online-privacy-protection-rule>>. Acesso em: 7 abr. 2017.

EUROPA. *Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 24 de outubro de 1995. Relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. 1995. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>>. Acesso em: 8 abr. 2017.

EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Julgamento C-131/12*. Relator: Marko Ilešič, 13 de maio de 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=133559>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

FLEISCHER, Peter. *The Right to be Forgotten or How to Edit your History*, 29 jan. 2012. Disponível em: <<http://peterfleischer.blogspot.com.br/2012/01/right-to-be-forgotten-or-how-to-edit.html>>. Acesso em: 7 mar. 2017.

FRIEDMAN, Lawrence M. *Guarding Life's Dark Secrets: Legal and Social Controls over Reputation, Property, and Privacy*. Palo Alto: Stanford University Press, 2007.

MACHADO, Joana; NEGRI, Sérgio. Ensaio sobre a Promessa Jurídica do Esquecimento: Uma Análise a Partir da Perspectiva de Poder Simbólico de Bourdieu. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

MANTELERO, Alessandro. The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the Roots of the 'Right to be Forgotten'. *Computer Law and Security Review*, Amsterdã, v. 29, n. 3, 2013. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364913000654>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

MANTELERO, Alessandro. The Protection of the Right to be Forgotten: Lessons and Perspectives from Open Data. *Contratto e Impresa/Europa*, Milão, n. 2, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/287642794_The_protection_of_the_right_to_be_forgotten_lessons_and_perspectives_from_open_data>. Acesso em: 1 abr. 2017.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao Esquecimento: A Proteção da Memória Individual na Sociedade de Informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. Nova Jérsei: Princeton University Press, 2009.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 4, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2835>>. Acesso em: 4 dez. 2017.

PINO, Giorgio. The Right to Personal Identity in Italian Private Law: Constitutional Interpretation and Judge-Made Right. In: VAN HOECKE, Mark; OST, François (Org.). *The Harmonization of Private Law in Europe*. Oxford: Hart Publishing, 2000.

ROCHA, Maria Vital da; CUNHA, Isaac Rodrigues; OLIVEIRA, Karin de Fátima Rodrigues. Esquecimento, Internet e "Preferência" da Informação: Possibilidades de Aplicação da Doutrina dos *Preferred Rights* da Jurisprudência Norte-Americana ao Caso Brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

RODOTÀ, Stefano. *A Vida na Sociedade de Vigilância: A Privacidade Hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUEZ JUNIOR, Otávio Luiz. Direito Comparado: Brasil debate Direito ao Esquecimento desde 1990. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 27 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

RODRIGUEZ JUNIOR, Otávio Luiz. Direito Comparado: Direito ao Esquecimento na Perspectiva do STJ. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 19 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-19/direito-comparado-direito-esquecimento-perspectiva-stj>>. Acesso em: 1 maio 2017.

ROSEN, Jeffrey. The Right to be Forgotten. *Stanford Law Review Online*, Palo Alto, v. 64, fev. 2012. Disponível em: <<https://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox-the-right-to-be-forgotten/>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais: Tema da Moda, Direito ao Esquecimento é Anterior à Internet. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

SARMENTO, Daniel. Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 7, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=VOLUME%207%20|%20Jan-ar%202016&category_id=123&arquivo=data/revista/volume7/rbdcivil_volume_7.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2016.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005.

SCHWARTZ, Paul M. The EU-U.S. Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures. *Harvard Law Review*, New Haven, v. 126, 2013. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2906&context=facpubs>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

SILVA, Alexandre Antonio Bruno da; MACIEL, Marlea Nobre da Costa. Direito ao Esquecimento: Na Sociedade Informacional Há Espaço para o Epílogo da Máquina de Tortura Kafkiana? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet: Construção e Aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada, 2016.

SOUZA, Giselle. Liberdade de Expressão: Ação das Biografias aponta como o STF pode julgar Direito ao Esquecimento. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-22/acao-biografias-aponta-stf-julgar-direito-esquecimento>>. Acesso em: 2 maio 2017.

VOSS, W. Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. Proporsal for an International Taxonomy on the various forms of the “Right to be Forgotten”: A study on the convergence of norms. *Colorado Technology Law Journal*, Boulder, v. 14, n. 2, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2800742>. Acesso em: 12 mar. 2017.

WEBER, Rolf H. The Right to be Forgotten: More than a Pandora’s Box? *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Karlsruhe, v. 2, n. 2, 2011. Disponível em: <<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-2-2011/3084>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Não adianta nem tentar esquecer: um estudo sobre o direito ao esquecimento

Do not even try to forget: a study on the right to be forgotten

José Augusto Fontoura Costa

Geraldo Miniuci

Não adianta nem tentar esquecer: um estudo sobre o direito ao esquecimento*

Do not even try to forget: a study on the right to be forgotten

José Augusto Fontoura Costa**

Geraldo Miniuci***

“Pensé que cada una de mis palabras
(que cada uno de mis gestos)
perduraría en su implacable memoria;
me entorpeció el temor de multiplicar
ademanos inútiles.”

Jorge Luis Borges

“And when your fingers find her
She drowns you in her body
Carving deep blue ripples
In the tissues of your mind.”

Eric Clapton e Martin Sharp

RESUMO

O artigo discute os precedentes e doutrinas brasileiras sobre o direito ao esquecimento sob uma ótica multidisciplinar para entender os limites da abordagem jurídica indutiva empregada até agora e propor temas para debate. Para tanto, descreve o sentido de “esquecer” em alguns discursos, particularmente: (i) jurisprudência do Tribunal Superior de Justiça do Brasil (STJ) e doutrina brasileira, (ii) etimologia e semântica do “esquecimento”, (iii) teoria psicológica da memória, (iv) efeitos da supermemória digital com facilidade de evocação na internet, e (v) os limites e riscos de uma abordagem indutiva estritamente jurídica em um contexto de profunda transformação ambiental. O artigo conclui que um debate mais amplo e profundo é necessário para entender o sentido e o papel específicos de um direito ao esquecimento e propõe o abandono dos já bem tratados direitos à intimidade, privacidade, informação e liberdade de imprensa como cerne da discussão, já que o “eu” (*self*), como o centro das preocupações com a integridade individual, não é um núcleo íntimo projetado em outros campos, mas uma construção complexa que atravessa muitos contextos. Como resultado de pesquisa interdisciplinar, o artigo enfrenta riscos de simplificação excessiva e abordagem incompleta do estado da arte. Porém, esses defeitos potenciais são balanceados pelos benefícios de uma abordagem integrada, a qual seria impossível de outro modo. O artigo contribui para o estado da arte, uma vez que integra várias abordagens científicas para discutir a questão complexa e sensível do direito ao esquecimento. Portanto, é valioso para os desenvolvimentos acadêmicos e profissionais no assunto.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Direito digital. Internet.

* Recebido em 31/10/2017
Aprovado em 08/11/2017

** Professor associado do Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo (FD/USP), UNICEUMA, UNISANTA e FADI Sorocaba. Livre Docente e Doutor em Direito Internacional (USP). Pesquisador Produtividade CNPq. Advogado em São Paulo. Email: jafontouracosta@gmail.com

*** Professor associado do Departamento de Direito Internacional da FD/USP. Livre Docente e Doutor em Direito Internacional (USP). Email: gminiuci@gmail.com

ABSTRACT

The article discusses the Brazilian precedents and doctrine on the right to be forgotten under a multi-disciplinary light to understand the limits of an inductive legal approach employed so far and propose points for further debate. Therefore, it describes the sense of “forgetting” in some discourses, particularly: (i) precedents of the Brazilian Superior Court of Justice (STJ) and domestic legal doctrine, (ii) etymology and semantics of “forgetting”, (iii) psychological theory of memory, (iv) the effects of the digital supermemory in the context of easy retrieval in internet, and (v) the limits and risks of a strictly legal inductive approach in a context of deep qualitative environmental transformation. The article concludes that a wider and deeper debate is necessary to understand the specific sense and role of a right to be forgotten and proposes a departure from the already well treated rights of intimacy, privacy, information and freedom of press, since the “self”, as the centre of concerns with individual integrity, is no intimate core projected in other arenas, though a complex construct that passes through many contexts. As result of an interdisciplinary research the article faces the risks of oversimplification and biased account of the state of art. Nevertheless, it is balanced by the benefits of an integrated approach that is impossible otherwise. The article contributes to the state of art since it integrates several scientific approaches to discuss the complex and sensitive question of the right to be forgotten. Therefore it is valuable for both academic and professional developments in the subject matter.

Keywords: Right to be forgotten. Digital law. Internet.

1. INTRODUÇÃO

O direito ao esquecimento vem provocando discussões intensas e interessantes no Brasil, sobretudo enquanto se aguarda a decisão do STF no caso da exposição do homicídio de Aida Curi no programa televisivo “Linha Direta”. No entanto, as abordagens jurisprudencial e doutrinária vêm se mostrando excessivamente enviesadas e limitadas, de modo a se afastar de aspectos fundamentais relacionados com a própria noção de esquecimento e suas transformações em um mundo cada vez mais dependente da tecnologia de informação.

O presente artigo tem o objetivo de estabelecer balizas teóricas, inclusive com apoio em aspectos linguísticos e psicológicos, para uma adequada delimitação e posicionamento do direito ao esquecimento. Para tanto, realiza uma breve análise dos acórdãos do STJ que empregam a expressão “direito ao esquecimento” para mapear o *locus* doutrinário da problemática.

Em seguida, realiza uma análise etimológica da noção de esquecimento e, após verificar similitudes e diferenças nos principais idiomas ocidentais (alemão, espanhol, francês, inglês italiano, e português), passa a discutir a importância do sentido do termo para a compreensão dos potenciais limites da atribuição de direitos subjetivos voltados a sua proteção.

Embora essa primeira aproximação seja necessária para o aprofundamento da compreensão do que venha a ser o esquecimento, a busca de conceitos psicológicos relacionados com a memória, as amnésias e as formas de construção do *self* e da personalidade são indispensáveis para a compreensão do esquecimento, pois (i) este se relaciona com a memória, sendo tradicionalmente descrito como uma de suas falhas e (ii) o objeto de um direito a ser esquecido envolve a proteção da identidade e personalidade, em seu sentido social e psicológico, mais do que a das esferas da intimidade e privacidade.

Por fim, avaliam-se os impactos e o caráter pervasivo dos meios digitais, com profundos impactos sobre o modelo predominante de acesso a informações e, também, transformações dos processos formativos e performativos do *self*.

2. O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO STJ

Uma pesquisa jurisprudencial básica no sítio de internet do STJ¹ aponta doze acórdãos a partir do argumento “direito ao esquecimento”. Cinco desses casos tratam da expressão em sua figura no Direito Penal e não serão objeto da presente análise. Os demais tratam de questões cíveis e revelam os aspectos centrais do debate brasileiro atual sobre o tema.

2.1. Casos do STJ envolvendo mídia televisiva e impressa

Os primeiros casos a tratar do assunto, causando a maior repercussão na mídia e no Direito, são, sem dúvida, os REsp 1334097/RJ e o REsp 1335153/RJ, ambos decididos, com relatoria de Luís Felipe Salomão, pela 4ª Turma em 25 e 28 de abril de 2013, respectivamente. O primeiro tratou de veiculação em mídia televisiva de documentário de 2006 sobre o episódio conhecido como “Chacina da Candelária” (1993) em que se menciona pessoa judicialmente absolvida. O segundo teve por objeto questão envolvendo a mesma série televisiva que, em programa de 2004, abordava homicídio ocorrido em 1958. Não há, quanto aos fundamentos normativos e a linha de argumentação adotada, diferenças significativas entre os votos do relator nesses casos.

Destaque-se, portanto: os primeiros julgamentos brasileiros tiveram por objeto a *veiculação em mídia televisiva* de episódios ocorridos em passado mais ou menos distante. Essa circunstância é bem marcada pelo relator mediante a advertência de que:

analisa-se a possível adequação (ou inadequação) do mencionado direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para *internet*, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações (voto no REsp 1334097/RJ, p. 16; voto no REsp 1335153/RJ, ambos com a mesma redação).

Logo em seguida o texto do voto apresenta, em ambos os casos, uma lista exemplificativa oito de argumentos esgrimidos no caso em oposição ao direito ao esquecimento. Esses são, principalmente, apresentados de modo a apontar para o interesse público, particularmente na forma de defesa da liberdade de expressão e de imprensa, bem como da memória social, ainda que mitigando a intimidade e a privacidade. Destaque-se, não obstante, o interessante argumento de que “ou uma coisa é, na sua essência, lícita ou ilícita, não sendo possível que uma informação lícita se transforme em ilícita pela simples passagem do tempo” (votos no REsp 1334097/RJ, p. 17 e no REsp 1335153/RJ, p. 19-20).

O restante dos votos se concentra na tensão entre direitos da personalidade, notadamente intimidade e privacidade, em oposição ao interesse público, particularmente na forma da liberdade de imprensa e vedação da censura. A técnica argumentativa empregada para dar sustentação ao direito ao esquecimento centrou-se na tensão entre princípios constitucionais (em especial os incisos IX — *liberdade de expressão* — e X — *direitos da personalidade* — do Artigo 5º da Constituição de 1988) e no emprego de técnicas de ponderação em face das circunstâncias do caso. Afirma-se:

Com efeito, no conflito entre a liberdade de informação e direitos da personalidade — aos quais subjaz a proteção legal e constitucional da pessoa humana — eventual prevalência pelos segundos, após realizada a necessária ponderação para o caso concreto, encontra amparo no ordenamento jurídico, não consubstanciando, em si, a apontada censura vedada pela Constituição Federal de 1988. (votos no REsp 1334097/RJ, p.24 e REsp 1335135/RJ, p. 26).

1 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>, empregado aos 4 de outubro de 2017.

Entretanto há outro passo necessário para a afirmação do acolhimento de tal figura no Direito brasileiro: a existência de base normativa suficiente para provocar a subsunção fática e gerar as pretensões de (i) forçar a retirada da informação ou seu acesso e (ii) obter ressarcimento por danos materiais e morais. Nesse sentido, além de referir o Código Civil, Artigos 11, 12, 17, 20 e 21 (REsp 1334097/RJ, p. 7, e REsp 1335135/RJ, p. 15)², o voto se manifesta pela existência de base infraconstitucional suficiente:

Assim como é acolhido no direito estrangeiro, não tenho dúvida da aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com olhos centrados na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também extraído diretamente do direito positivo infraconstitucional (p. 33; com a mesma redação no voto do relator no REsp 1335153, p. 34).

Desse modo, a posição do relator nos casos em tela é pelo reconhecimento, em tese, do designado *direito ao esquecimento*, o qual se refere a um direito subjetivo a não ver reavivada memória de evento pretérito em nova notícia em mídia televisiva.

A fundamentação do relator é bem construída em termos de explicitar as tensões entre os direitos da personalidade (relacionados com a dignidade humana) e a liberdade de imprensa, incrustando a discussão no campo argumentativo mais amplo da tensão entre interesses públicos e privados. Decorre daí a prevalência da necessidade de *ponderação* em face de circunstâncias concretas e, portanto, situações *práticas* em seu sentido filosófico, cobrando uma decisão em face de dilemas decorrentes da impossibilidade de levar ao máximo a aplicação de um princípio para que outro, mais adequado *em face da circunstância concreta*, possa prosperar.

Em termos teóricos, há evidente proximidade com questões discutidas, *i. a.*, por Ronald Dworkin³, Robert Alexy⁴ e Eros Grau⁵. Tal estratégia retórica tem a função de ampliar o universo de decisões aceitáveis pela comunidade jurídica, pois inclui uma justificativa teórica relativamente sofisticada cujo resultado prático é a atribuição de objetividade (sopesamento técnico como ato doador de sentido) a decisões cujo processo formativo efetivo é dificilmente discernível de escolhas subjetivas⁶.

O próprio desfecho dos casos ora analisados é bastante revelador: no primeiro houve (i) a afirmação da existência de um direito ao esquecimento e (ii) da possibilidade de se realizar o sopesamento que, *in casu* (iii) levou à confirmação do direito subjetivo a não ser mencionado em reportagem *dadas as circunstâncias*. No segundo a conclusão foi diversa, pois, mesmo confirmado o direito ao esquecimento e a necessidade de sopesamento, as circunstâncias concretas levaram à decisão inversa. É importante verificar a justificativa da segunda decisão (REsp 1335135/RJ, voto do relator, p. 38):

Por outro lado, o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar.

[...]

No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.

[...]

Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.

2 No mesmo sentido, REsp 1335153/RJ, voto do relator, p. 15.

3 DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Nova Iorque: Bloomsbury, 2013 [1977].

4 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

5 GRAU, Eros R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

6 COSTA, José A. F. Princípios jurídicos e casos difíceis. *Pesquisa em pós-graduação: série Direito*, UniSantos, v. 3, p. 1-21, 2000; COSTA, José A. F. Estratégias de justificação e princípios. *Integração: Ensino-pesquisa-extensão*, São Paulo, v. 13, p. 152-155, 1998.

Coloca-se, portanto, o fundamento decisório em considerações aparentemente utilitaristas, em que o sopesamento se dá mediante o cálculo de benefícios e prejuízos, pois o resultado se apoia em que “a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes” e compara um “desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança”. Em termos lógicos, portanto, se pressupõe um limiar de sofrimento, um *quantum* de desconforto que dispare a incidência de regra protetiva do direito ao esquecimento e, conseqüentemente, um dever de indenizar. Há, claro, questões significativas sobre a quantificação do sofrimento, as quais não serão discutidas nesse artigo. Importa, porém, lembrar haver a pressuposição de uma “quantidade” de interesse público, consubstanciado na liberdade de imprensa⁷, possivelmente dependente do tipo de informação e do meio de comunicação empregado.

A hipótese que fundamenta o direito ao esquecimento, no raciocínio subjacente a essas decisões do STJ, dá dois efeitos ao tempo, ambos de redução: (i) o *interesse público legítimo* na informação se reduz e (ii) o sofrimento e eventuais *danos morais e patrimoniais* também decaem com o tempo⁸. Desse modo, é possível a comparação entre dois momentos e a *reavaliação dos interesses em causa leviam — ou não — à efetividade do direito subjetivo ao esquecimento, entendido como a faculdade de proibir a veiculação de informações ou, uma vez que esta seja feita, receber indenização*. Não deixa de ser curioso, aliás, que o inverso, também, pode ocorrer, quando uma informação excessivamente lesiva no momento inicial passaria, dado o efeito mitigador do tempo, a ser aceitável no momento futuro, estabelecendo uma posterior predominância do interesse público na forma de liberdade de imprensa; talvez fosse o caso de falar em um *direito a revelar*?

De qualquer modo, os fundamentos jurídicos e a estrutura argumentativa dos votos da relatoria, predominantemente aceitos pela 4ª Turma do STJ, possibilitam uma definição do direito ao esquecimento que articule os seguintes elementos:

1. Natureza de direito subjetivo;
2. Titularidade da pessoa a respeito de quem é a informação publicada, ou, nos termos do Parágrafo Único do Artigo 12 do CC, o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral, até o quarto grau⁹;
3. Proibição da permanência ou de nova veiculação de informação mediante comunicação direta e, resistida a pretensão, mediante instrumento jurisdicional e;
4. Exigência de indenização por danos patrimoniais e morais em decorrência da manutenção ou veiculação ilícita da informação;
5. Posição obrigacional passiva do sujeito que mantém, veicula ou publiciza a informação;
6. Ocorrência do sopesamento do interesse privado do ofendido e o interesse público na informação em face dos princípios constitucionais e jurídicos orientados pela proporcionalidade e pela proteção da dignidade humana; e
7. Condição de que, com o passar do tempo, a informação originalmente publicada tenha perdido relevância, de modo a não justificar o exercício da liberdade de imprensa em face do sofrimento e prejuízos sofridos.

7 Já em 2012, no REsp 801.109/DF se buscou estabelecer uma lista exemplificativa de limites aos órgãos de imprensa e ao jornalismo, nomeadamente “(I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*)”.

8 Nesse sentido, COSTA, André B. N. Direito ao esquecimento no ambiente digital: estratégias para a otimização dos interesses em jogo. *Revista de Direito Privado*, v. 67, p. 79-102, 2016.

9 Observe-se que o Artigo 20 do CC, Parágrafo Único, fala em “o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”, de modo que os irmãos, como em um dos casos analisados, não teriam legitimidade ativa, o que faz pressupor a aplicação pelos tribunais da regra mais ampla do Artigo 12.

Nem sempre tal conceito ou linha argumentativa são empregados. O contexto em que há veiculação na imprensa de caso antigo, com menção a envolvido sem prova ou condenação pela participação, voltou a aparecer no REsp1369571/PE – 22/09/2016, 3ª Turma, com a pouco significativa diferença de se tratar de mídia diária escrita. Sem aprofundamento da discussão de um direito ao esquecimento em tese, a decisão se pautou por regras sobre a ausência de culpa do jornal e o interesse reprovável da suposta vítima, que “sob pretexto de reparação moral, pretendia tão somente auferir ganhos financeiros” (p. 10). Não se observa no voto do relator desse caso a preocupação com o sopesamento dos direitos da personalidade com a liberdade de imprensa.

Cabe, portanto, observar se a composição dessa noção e os fundamentos teóricos de seu delineamento permanecem nas decisões mais recentes do STJ, particularmente por estas irem além da mídia televisiva, alcançando o âmbito *par excellence* do direito ao esquecimento: as mídias digitais disponíveis na rede mundial de computadores.

2.2. Casos do STJ sobre mídia digital

Como já se observou, não se fará neste artigo a análise da figura de Direito Penal do direito ao esquecimento. Restam, portanto, dois casos em que os acórdãos do STJ contemplam a temática em situações vinculadas ao uso da rede mundial de computadores (internet), particularmente mediante o emprego de provedores de busca.

O curso traçado por esses acórdãos segue o caminho desbravado no REsp 1316921/RJ, da 3ª Turma, com relatoria da Min. Nancy Andrigui, decidido aos 26 de junho de 2012. Embora o voto sequer empregue a palavra “esquecimento”, o núcleo da temática das decisões mais recentes que explicitamente se referem a tal direito pouco, se algo, desvia da rota original.

O caso se refere a pedido de Maria da Graça Xuxa Meneguel para que a Google excluísse a possibilidade de busca que agregasse os argumentos “xuxa” e “pedofila” — ou variações de grafia próximas. A decisão, balizada pela prudência e o cuidado em não prejudicar o direito à informação mediante instrumentos digitais, deu importantes passos para a proteção dos interesses gerais dos usuários.

Em primeiro lugar, com base em jurisprudência anterior, fixa para o âmbito de serviços prestados de maneira aparentemente gratuita na internet a aplicabilidade do CDC, de modo a estabelecer um conjunto de obrigações aos provedores (REsp 1316921/RJ, voto da relatora, p. 7):

Assim, os provedores de pesquisa devem garantir o sigilo, a segurança e a inviolabilidade dos dados cadastrais de seus usuários e das buscas por eles realizadas, bem como o bom funcionamento e a manutenção do sistema.

[...]

No que tange à filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário, não se trata de atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas.

Desse modo, a discussão se desloca para a possibilidade e a conveniência de se eliminarem argumentos de busca e a possível proibição dos provedores de busca de conduzir o usuário a conteúdo ilícito. Ao contrário dos casos analisados no tópico anterior, em que se analisava a liberdade de imprensa, há grande preocupação em se preservar a *liberdade de informação*, o que é bastante importante, pois traça um âmbito diverso do exercício profissional do jornalismo e sua regulação própria. De maneira bastante sensata, se conclui que:

Dessa forma, verifica-se incabível impor aos provedores de pesquisa a obrigação de eliminar de seu sistema os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde estiver inscrito.

Tal decisão é importante para a prestação de serviços pela internet no Brasil, particularmente no que se

refere aos provedores de busca, como o Google. Sua maior virtude pode ser considerada o fato de concluir por uma regra de grande clareza, sem dar muita margem ao sopesamento caso a caso, de modo a estender a obrigação de restringir as buscas *apenas mediante a exclusão dos URLs identificados*.

O Marco Civil da Internet (MCI; Lei 12.965 de 23 de abril de 2014) tratou a matéria de maneira a preservar a lógica presente na decisão de 2012. Nesse sentido, privilegia a necessidade de ordem judicial para a intervenção na rede. Em particular, além de afastar a responsabilização dos provedores de conexão (Artigo 18), estabelece a ordem judicial como *pressuposto necessário* à responsabilização civil dos provedores de aplicações de internet, aclarando que tal mandado será tido por nulo se não contiver “identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material” (Artigo 19, § 1º).

Além disso, o MCI, em seu capítulo referente aos direitos e garantias dos usuários, estabelece direitos à necessidade de consentimento expresso para coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais (Artigo 7º, IX) e à exclusão definitiva de dados pessoais ao término da relação com provedor de aplicação, a requerimento do interessado (Artigo 7º, X). Embora seja evidente que tais preceitos têm por objetivo proteger mesmo aqueles dados que não se encontram publicados (cadastros, estatísticas pessoais etc.), nada impede sua aplicação aos efetivamente disponibilizados em, por exemplo, sítios de relacionamento.

Nesse diapasão, as decisões no AgInt no REsp 1593873/SP, 3ª Turma do STJ (novembro de 2016) e no AgInt no REsp 1599054/RJ, 3ª Turma do STJ (abril de 2017) confirmam a tendência jurisprudencial anterior. No primeiro, aliás, há menção ao Artigo 7º, X, do MCI com a ressalva de que tal exclusão apenas pode ser exigida pelo sujeito que a forneceu. No AgInt no REsp 1599054/RJ, o voto do relator chega a definir, *in casu*, o direito ao esquecimento como “o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente a respeito de fatos desabonadores veiculados na mídia por meio da internet”.

A discussão em ambos os acórdãos se concentra no exercício do direito à informação e, portanto, nos limites às exigências de restrição de busca ou retirada de dados da internet. É importante destacar a clareza trazida pelo MCI no sentido de restringir a responsabilização civil dos provedores de aplicações ao período posterior à ordem judicial de remoção ou restrição de acesso, o que, em conjunto com a necessidade de identificar com clareza as conexões a serem expurgadas, protege, adequadamente, tais fornecedores de serviço, o que é plenamente compatível com os direitos dos consumidores.

Trata-se, portanto, de abordagem que privilegia o estabelecimento de regras como parâmetros de atuação do judiciário na correção de eventuais abusos na internet, sem buscar saídas na dinâmica de abertura discursiva mediante a afirmação da necessidade de sopesamento de princípios em face de circunstâncias concretas. Guarda coerência com as decisões anteriores e se harmoniza com a legislação em vigor.

Não obstante, deve-se tecer uma breve crítica à configuração do direito ao esquecimento por essa vertente jurisprudencial: se dá pouca ou nenhuma importância ao passar do tempo como elemento caracterizador das condições fáticas de verificação do surgimento da pretensão jurídica ao apagamento ou restrição do acesso a dado ou informação. A própria definição oferecida no REsp 1599054/RJ e reproduzida acima é *completamente indiferente a elementos cronológicos*, apresentando como elementos (i) não ser lembrado (ii) contra a vontade (iii) por meio eletrônico; ausente, portanto, o lapso temporal.

Tal característica não chega a surpreender. Como resulta de reflexões e tratamentos anteriores em que o foco é a *delimitação da responsabilidade civil dos provedores de busca a partir de regras protetivas dos direitos à informação* nos quais a temática do esquecimento se imiscuiu a partir de pedidos interessados em granjear argumentos novos e na moda. Sendo suficiente a solução anterior, restou pouco interesse em tratar a especificidade do esquecimento, de modo a tornar tal jurisprudência relativamente frágil para sustentar articulações teóricas e resultados práticos a seu redor.

2.3. Jurisprudência do STJ, doutrina nacional e direito ao esquecimento no Brasil

A construção de regras gerais a partir de uma casuística judicial não é das tarefas mais fáceis, sobretudo em uma tradição jurídica distante do *common law*. No Brasil o “direito ao esquecimento” não é estabelecido diretamente por meio de legislação e, portanto, ainda não superou o *status* de criatura jurisprudencial e doutrinária. Trata-se, portanto, de figura em construção, cujo primeiro estacamento parece ter sido lançado sobre terreno movediço¹⁰.

A doutrina brasileira¹¹ sobre a matéria não se aventura muito além do tratamento jurisprudencial, sendo possível identificar as seguintes tendências gerais:

1. Derivação da figura a partir da noção de direito à intimidade e à privacidade;
2. Contraposição à liberdade de imprensa e ao direito de informação;
3. Apresentação do tratamento europeu, às vezes com referência às diferenças entre Europa e Estados Unidos; e
4. Reflexão geral sobre internet, supermemória e esquecimento.

Esses interessantes elementos parecem apontar para uma reflexão ainda pouco madura a respeito do direito ao esquecimento, pois os textos com maior carga dogmática tendem a se atrelar muito de perto à jurisprudência nacional, dado seu compromisso com a correta informação profissional, e os de cariz mais reflexivo tendem a conter pouca reflexão a respeito da conformação jurídica de tal direito.

A preocupação em identificar na legislação vigente no país base suficiente para a sustentação dessa nova figura, necessária na jurisprudência, implica certo grau de limitação doutrinária, pois a construção da figura fica limitada pelas regras já existentes e capazes de, por si próprias, gerar direitos subjetivos *independentemente da caracterização do esquecimento*. Em outras palavras: a figura do direito ao esquecimento nada pode trazer de novo, pois a configuração jurídica *deve estar contida em regras previamente estabelecidas*, inclusive na Constituição Federal de 1988, quando a internet sequer existia.

Estar à toa pode ser melhor que estar à deriva. As contribuições jurisprudenciais, meritórias em inúmeros aspectos, são manifestamente incompletas ao abordar as especificidades de direitos subjetivos ao esquecimento. A vertente da mídia tradicional (REsp 1334097/RJ e REsp 1335153/RJ) trata de informações que voltam a ser veiculadas em momento posterior e, portanto, não abordam o problema da memória digital absoluta e seus potenciais efeitos. Para usar uma precisão terminológica, seria preferível, aqui, falar em direito a não ser lembrado¹². A corrente digital não põe qualquer ênfase sobre o aspecto cronológico, dedicando-se a restringir o campo de exigibilidade de *notice and takedown*. Assim, um sem a questão das informações que permanecem e outro sem dar importância ao lapso temporal, ambos os modelos propostos parecem insuficientes para justificar a existência ou a importância de se falar em uma nova figura jurídica.

10 Para uma avaliação similar, veja-se CUNHA, Mário V. A.; ITAGIBA, Gabriel. Between privacy, freedom of information and freedom of expression: is there a right to be forgotten in Brazil? *Computer law and security review*, v. 32, n. 4, p. 634-641, 2016. Também se admite a necessidade de refinar a figura no Brasil em CONSTALER, Zilda M. *Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual*. Curitiba: Juruá, 2017.

11 CONSTALER, 2017; COSTA, 2012; CUNHA; ITAGIBA, 2016; LIMA, Cíntia R. P. Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no Direito comunitário europeu, no Direito italiano e no Direito brasileiro. *Doutrinas essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 8. p. 511-543; MELO, Jussara C. Regulação do direito ao esquecimento no ciberespaço: heterogeneidade de lealdades no espaço público de postulação de interesses legítimos. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 1, n. 1, p. 93-116, ano; SCHREIBER, Anderson. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011; SCHREIBER, Anderson. *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013; STEINER, Renata. Breves notas sobre o direito ao esquecimento. In: RUZYK, Carlos E. P.; SOUZA, Eduardo N.; MENEZES, Jaciane B. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Org). *Direito Civil Constitucional*. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 87-102.

12 STEINER, 2014. Propõe duas expressões, “direito ao esquecimento” e “direito a ser esquecido” como “duas faces de um mesmo direito” (p. 97), sem diferenciar entre a informação que permanece e a que é republicada.

Aqui, portanto, se põe uma questão crucial: *ou existe a necessidade de construir doutrinária, jurisprudencial e legislativamente uma figura jurídica de um direito subjetivo ao esquecimento claramente diferenciada de direitos bastante sedimentados, ou a nomenclatura talvez nada mais seja que uma submissão a modismos importados da Europa*. Se as circunstâncias atuais exigem tal empreitada, então se deve partir de uma reflexão mais profunda e informada, capaz de *diferenciar com clareza* as funções e vantagens de promover o esquecimento no ambiente digital. A chave não está na absorção de tal direito por figuras já existentes, mas na identificação de questões órfãs, zonas deixadas a descoberto.

A parte da doutrina balizada por noções psicológicas, sociológicas, informáticas e filosóficas vem trazendo, ainda que a conta-gotas, contribuições no sentido de esclarecer a necessidade de especificação de um direito ao esquecimento. Por essa razão, antes de se propor uma caracterização delimitada de tal figura, busca-se trazer alguma contribuição interdisciplinar sobre o esquecimento, a memória e a construção da personalidade.

3. SOBRE O ESQUECIMENTO

É normal empregar as palavras sem pôr muita atenção em sua origem e na eventual complexidade da formação de seu campo semântico. Não é diferente com “esquecimento”. Termo de uso corrente, suscita pouquíssima discussão, considerando-se que todos sabem e acreditam saber o seu significado. Mas há lá suas peculiaridades.

Nos outros principais idiomas ocidentais¹³ — alemão (“vergessen”), espanhol (“olvidar”), francês (“oublier”), inglês (“to forget”) e italiano (“dimenticare” e “scordare”) — não há um cognato para “esquecer”. As duas de origem germânica são semelhantes em sua composição e compartilham a origem¹⁴, em que o prefixo “ver/for” significa “falhar” e “gessen/get” segurar; em outras palavras, se origina em deixar escapar, cair. Dentre as neolatinas os cognatos em espanhol, francês e português (“olvidar” existe, mas com uso escasso) se originam em *oblitare*¹⁵, derivado de *oblitus*, particípio de *oblivisci*¹⁶, o que originalmente se refere a “obscurecer” ou, para usar os termos de Lewis e Short, “to have the mind darkened”. Os verbos italianos “dimenticare” (“afastar da mente”) e “scordare” (“afastar do coração”) são empregados com pouca diferenciação semântica.

Deve-se reconhecer, desde logo, consideráveis diferenças entre os idiomas e, particularmente, com o verbo português “esquecer”¹⁷. Sua origem é o verbo latino *excadere*, junção do prefixo “ex” (o mesmo abreviado no italiano “scordare”) com o verbo *cadere*, a significar “cair”. É, portanto, “deixar cair” ou “deixar cair para fora”, bastante semelhante ao sentido etimológico dos termos alemão e inglês.

Mas, para além das diferenças, há semelhanças. E se trata de ao menos duas semelhanças importantes, identificáveis em todos esses idiomas:

13 São os idiomas indo-europeus germânicos ou romances com maior número de falantes. Espanhol, francês e inglês são idiomas oficiais das Nações Unidas.

14 PATRIDGE, Eric. *Origins: a short etymological dictionary of modern English*. Nova Iorque: The Macmillan Company, 1958. p. 253: “To forget derives from ME *forgeten*, *forlyeten*, from OE *forġitan*, *forġietan* (*for-* connoting omission or failure + *ġitan*): cf OHG *firgezzan*, MHG *vergezzēn*, G *vergessen*, and OS *fargetan*.” Observe-se que *ġitan* deu origem a *to get*, como o sentido de segurar e agarrar. *Forget*, portanto, seria “falhar em segurar, soltar”, o que se assemelha ao “deixar cair fora” da origem do termo em português.

15 Os termos latinos foram, exceto se indicado em contrário, verificados em GLARE, P. G. W. *Oxford Latin Dictionary*. Oxford: Oxford University Press, 1968 e LEWIS, Charlton T.; SHORT, Charles; FREUND, William. *A Latin Dictionary founded on Andrew's Edition of Freund's Latin Dictionary*. Oxford: Clarendon Press, 1879.

16 REAL ACADEMÍA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Disponível em <<http://dle.rae.es/?id=R28xgWg>>. Acesso em: 6 set. 2017.

17 Apenas para lembrar, é empregado como transitivo direto (“esquecer algo”) ou transitivo indireto na forma pronominal (“esquecer-se de algo”). O sentido específico de deixar de reter na memória é mais comum, ou enfatizado, no segundo uso (“me esqueci deles” é diferente de “os esqueci”).

Todos os termos são originalmente verbos, dos quais, às vezes, derivam substantivos; e

Todos são formados por sufixação, o que sugere a composição a partir de um significado primário, cuja negação (“de”, “ex” e “ver/for”) ou oposição (“ob”) resulta no sentido desejado

A forma verbal originária dos vocábulos é reveladora na medida em que destaca o caráter de *ação* ou *processo* subjacente à noção de esquecimento. Um dos substantivos que melhor lhe servem de antônimo, “memória”, ostenta a morfologia primária de substantivo; chega, na terminologia informática, a denotar peças de *hardware* empregadas no registro e retenção de informação. Também “lembança” e “registro”, *i. a.*, são possíveis sinônimos de memória. Em termos estritamente gramaticais, “lembança” poderia ser considerado um opositor melhor para “esquecimento” exatamente por também ser um substantivo derivado de verbo e, portanto, sugerir a ação inversa, de lembrar. “Memorizar” é comumente utilizado no sentido de empregar técnicas mnemônicas, embora com campo semântico diverso do de “decorar”, verbo que enfatiza a identidade perfeita entre o que se deseja reter e o efeito das técnicas de retenção.

Importa, porém, ressaltar que “memória” dispõe de cognatos de uso preferencial nos demais idiomas ora comparados: “memoria” (espanhol e italiano), “mémoire” em francês e “memory” em inglês. A exceção é “Erinnerung”, em alemão; “Computerspeicher” para o *hardware* informático.

Também é interessante observar que, ao contrário dos demais idiomas, a Língua Inglesa não dispõe de um substantivo perfeito para “esquecimento”. “Forgetfulness” é aquilo digno de ser olvidado. “Oblivion” tem o sentido principal de um *estado mental* em que se perde a memória; não uma amnésia, mas a sensação de não se lembrar, como depois do uso de algumas substâncias entorpecentes. É termo com o sentido secundário de *uma situação* da qual não mais se recorda, de uso mais raro.

Em inglês o substantivo “forgetfulness” é relativamente raro e tem o sentido de “a qualidade daquilo que é digno de esquecimento”, de maneira a se optar normalmente por “right to be forgotten”; “oblivion”, empregado com mais frequência, mas tem o sentido primário de um estado mental em que se perde a memória, sendo secundário o uso como “a situação daquilo de que já não mais se lembra”. Em alemão “vergessen” gera o substantivo “Vergesslichkeit”.

Ao se projetar uma primeira ideia de “esquecimento” sobre esses poucos termos estrangeiros, sugere-se uma considerável diferença de extensão dos seus campos semânticos. Em primeiro lugar, a etimologia diversa, mesmo entre as principais línguas neolatinas, aponta para gêneses de significação divergentes, o que é mais relevante por se tratar de uma noção cuja delimitação dificilmente poderia ser predominantemente atribuída a um processo denotativo (como em “maçã”, “triângulo” ou “automóvel”). A substantivação mais próxima é pelo emprego do gerúndio, agregando o sufixo *-ing*, formando “the forgetting”, mais próximo da forma “o esquecer” em língua portuguesa.

Pode-se, portanto, enfatizar a referência a um *processo*, não como *estado*. É noção sempre envolve o diferimento temporal entre um momento de presença de fatos ou informações, sua retenção em alguma forma de memória e sua posterior perda. Não faz sentido pensar em uma figura jurídica própria e específica, capaz de se sustentar sobre suas próprias bases, que negligencie essa dinâmica indissociável das noções de esquecimento, pelo menos nos idiomas em que se expressam culturas jurídicas próximas à nossa.

Por outro lado, a formação por sufixação, também, conduz a uma melhor compreensão das suas características. Há um primeiro grupo em que se parte de uma ideia positiva, vinculada a “reter”, “segurar”, e “manter”, *i. a.*, complementada por um sufixo de negatização, conduzindo à percepção básica de algo que se deixa esvaír da memória. Em particular, as palavras portuguesa e inglesa, apesar da etimologia completamente independente, apresentam uma convergência homológica notável: ambas se referem a algo muito próximo de “deixar cair”. O outro grupo se compõe de palavras apontando para a situação em que o sujeito é posto em face de algo que se obscureceu, apagou, perdeu seus contornos. Aí não é o sujeito que, talvez por descuido, deixe escapar por entre dedos entreabertos; é o objeto que se deteriora e, mesmo atentamente

evocado, já não pode revelar traços e cores suficientemente claros. No primeiro grupo, é o sujeito que se tornou incapaz de evocar, no segundo é o objeto que perdeu condições de ser integralmente recuperado.

Em ambos os casos, há algo que se perde, algo outrora retido e acessível. Tal observação reforça a necessidade de tomar em conta o diferimento no tempo como constitutivo do conceito de esquecimento. Assim, para delinear figura jurídica que o contemple, é mister aprofundar a compreensão de *como e por que* se esquece.

4. NOÇÕES PSICOLÓGICAS DE MEMÓRIA E ESQUECIMENTO

A memória, enquanto capacidade psiconeurológica, é composta pelo *armazenamento, codificação e evocação*¹⁸. Pelo menos em princípio, são atividades realizadas na estrutura somática do sujeito. Isso não significa que sejam isoladas do mundo, pois o ambiente é determinante para a evocação¹⁹, sendo possível e desejável realizar ajustes ambientais para aliviar a demanda por memória em pacientes debilitados²⁰.

O esquecimento, por seu turno, é normalmente tratado como uma falha, uma disfunção da memória. Há inúmeras terapias contra as amnésias, presentes em diversas patologias, como desvio central ou componente de quadro sintomático. Sua tipologia é, também, variada: a *anterógrada* se dá quando é difícil reter novas informações, a *retrógrada* quando já não se pode reter ou acessar dados anteriormente preservados. Somam-se as amnésias global transitória, alcoólica, pós-traumática, dissociativa, infantil e outras. Muito esquecimento, portanto, preocupa médicos e psicólogos.

Algumas vantagens do esquecimento, lembradas na literatura por Jorge Luis Borges no conto “Funes el memorioso”²¹, se referem à relativa inutilidade de um universo informacional tão extenso e com baixa organização hierárquica²² (uma das pressuposições sobre o ato de esquecer se refere à proporcionalidade inversa entre memória e tempo). Do ponto de vista científico, porém, há muito menos trabalhos ou referências a essa problemática. A Memória Autobiográfica Altamente Superior (HSAM) pode ser definida como “uma habilidade recentemente descrita na qual os indivíduos são capazes de evocar eventos de seu próprio passado pessoal, incluindo os dias e as datas em que ocorreram, com elevada precisão”²³. A *hipertimésia*, portanto, não aparece como patológica. Em geral, acredita-se que, quanto menos esquecimento, mais saúde haverá. Como o estudo da memória não prescinde da identificação e mitigação de suas falhas atuais e potenciais, o conhecimento da dinâmica do esquecer é central para buscar alternativas e estratégias de manutenção e restauração da memória.

Na história recente da noção de memória, uma verdadeira revolução paradigmática se deu com a crescente fragmentação das capacidades e funções tradicionalmente vistas de modo unitário. O trabalho emblemático de Richard Atkinson e Richard Shiffrin²⁴, publicado em 1968, propôs um modelo tripartite, formado por

18 MATSUMOTO, David. *The Cambridge Dictionary of Psychology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 303: “**memory** *n.* 1. Any relatively lasting storage of information in the brain, which is currently hypothesized to involve processes of encoding, storage, and retrieval of the information and different storage processes including that necessary for remembering a specific event, knowledge in general, and knowledge of how to do things like, see, move in a coordinate way, and ride a bicycle.”

19 SMITH, S. M. Environmental context and human memory. In: DAVIES, G. M.; THOMSON, D. M. (Org.). *Memory in context: context in memory*. Nova Iorque: Wiley, 1988. p. 13-24.

20 WILSON, Barbara A. Management and remediation of memory problems in brain-injured adults. In: BADDELEY, Alan D.; KOPELMAN, Michael D.; WILSON, Barbara A. *The handbook of memory disorders*. 2. ed. Nova Iorque: Wiley, 2002. p. 655-682. WOODS, Bob. Reducing the impact of cognitive impairment in dementia. In: BADDELEY, Alan D.; KOPELMAN, Michael D.; WILSON, Barbara A. *The handbook of memory disorders*. 2. ed. Nova Iorque: Wiley, 2002. p. 741-756.

21 BORGES, Jorge Luis. *Ficciones: Obras completas*. Buenos Aires: EMECE, 1989. v. 2.

22 BORGES, Jorge Luis. *Ficciones: Obras completas*. Buenos Aires: EMECE, 1989. v. 2. p. 490.

23 LEPORI, A. et al. Behavioral and neuroanatomical investigation of Highly Superior Autobiographical Memory (HSAM). *Neurobiology of learning and memory*, v. 98, n. 1, p. 78-92.

24 ATKINSON, R. C.; SHIFFRIN, R. M. Human memory: a proposed system and its control processes. In: SPENCE, K. W.;

memória sensorial, memória de curto prazo e memória de longo prazo que, apesar de críticas importantes²⁵, ainda é a referência principal das teorias atuais da memória. O esquecimento seguramente se dá na sensorial, ocorre pouco tempo após o uso das informações na de curto prazo e permanece, para os dados cujo aprofundamento gerou uma armazenagem perene, na de longo prazo.

Existe uma relação entre a repetição, inconsciente ou mediante esforços e técnicas de fixação, e o tempo e seleção das informações retidas. Isso pode ser justificado por razões de natureza econômica, ou seja, de administração de espaço de armazenamento disponível e de um dimensionamento adequado dos instrumentos de evocação. De certo modo, assim como seria difícil encontrar quem, conscientemente, optasse por ter menos memória, é bem provável que tal desejo diminuísse, proporcionalmente, a necessidade de mais gastos com a implementação e administração de sistemas maiores, como, por assim dizer, uma cabeça hipertrofiada e o consumo de dez litros de água por dia. Pode-se pleitear, assim, uma calculabilidade de custos e benefícios em termos da operação *quantitativa*, referente ao espaço de armazenamento e canais de evocação, e *qualitativa*, derivada da complexidade dos mecanismos evocativos, da memória.

Assim como expansões externas de memória, como *hardware* de armazenamento e espaços na nuvem, são produtos que encontram boa procura no mercado. Com o perdão da ficção científica, um aparelho que permitisse a gestão consciente do que se pretende manter ou apagar da memória provavelmente teria boas vendas.

Na realidade as opções são bem menos amplas. A chamada *amnésia dissociativa*²⁶ ou *fuga dissociativa*²⁷ pode ser compreendida como um meio inconsciente de gerenciar mecanismos de evocação da memória, de maneira a aliviar o peso de traumas e lembranças dolorosas. Está, em algum grau, presente na composição da personalidade de qualquer um e cumpre funções valiosas, tornando-se deletéria quando muito intensa.

Revelam-se, portanto, duas funções do esquecimento: (i) operacionalizar a gestão econômica do armazenamento e processamento de informações em face da escassez e funcionamento eficiente de estruturas somáticas e (ii) gerir, mediante exclusões seletivas, a composição coerente e funcional do *self*, de modo a possibilitar suas unidade e funcionalidade.

Embora *esquecer* seja um meio de satisfazer ambas essas necessidades, exsurge um paradoxo, evidenciado, num primeiro momento, pelas formas alternativas de tratamento dos problemas. A falta de espaço e limitação dos fluxos de evocação podem ser resolvidas, em princípio, pelo incremento de capacidades psiconeurológicas, como pelo uso de medicamentos ou técnicas mnemônicas. Medicamentos oferecem um efeito global, ou seja, toda a memória (ou pelo menos a de um tipo — curto ou longo prazo) aumenta em bloco; técnicas mnemônicas são seletivas, pois o sujeito escolhe o conjunto de dados a ser fixado a partir de estratégias, das quais a repetição é a mais comum. A exclusão da lembrança de episódios deletérios, traumáticos e dissociativos não se beneficia dos mesmos instrumentos: a redução da memória pode ajudar a conviver com lembranças dolorosas, mas à custa de informações e dados preciosos para uma adequada continuidade da vida; as técnicas mnemônicas dificilmente podem gerar esquecimento e, por óbvio, quanto mais se repete, mentalmente, o reviver de um evento traumático, maior o sofrimento infligido. O paradoxo semiótico apontado por Eco e Migiel²⁸ se mostra inexorável como impossibilidade efetiva. Essa contradição entre as duas

SPENCE, J. T. *The psychology of learning and motivation*. Nova Iorque: Academic Press, 1968. v. 2. p. 98-195.

25 BADDELEY, Alan D. The psychology of memory. In: BADDELEY, Alan D.; KOPELMAN, Michael D., WILSON, Barbara A. *The handbook of memory disorders*. 2. ed. Nova Iorque: Wiley, 2002. p. 3-16.

26 MATSUMOTO, David. *The Cambridge Dictionary of Psychology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009: "A disorder characterized by inability to remember important personal information often of a stressful or traumatic nature."

27 MATSUMOTO, David. *The Cambridge Dictionary of Psychology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009: "A disorder characterized by sudden unplanned flight from one's usual circumstances coupled with partial or complete amnesia for one's personal history and uncertainty as to personal identity."

28 ECO, Umberto; MIGIEL, Marilyn. Na ars oblivionalis? Forget it! *PMLA*, v. 103, n. 3, p. 254-261, 1988. Disponível em: <<http://www.mercaba.org/SANLUIS/Filosofia/autores/Contempor%C3%A1nea/Eco/An%20Ars%20Oblivionalis%20-%20Forget%20it.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2017.

principais funções do esquecimento se revela com maior clareza quando, como se verá adiante, as estruturas materiais do ambiente em que os sujeitos se encontram incrustados possibilitam formas de hipermemória eletronicamente assistida.

A problemática da exclusão seletiva das lembranças coloca a questão da possibilidade de optar conscientemente pelo afastamento de informações, dados ou eventos passados. Como os inconvenientes — tanto em termos de sofrimento, quanto de estruturação coerente do *self* — se manifestam nos processos evocativos, é de se esperar que soluções mais eficientes não ocorram por meio da exclusão daquilo já arquivado, mas pela filtragem das memórias que se manifestam. Nesse sentido, é relevante diferenciar a memória *explícita* (cuja evocação é conscientemente direcionada) da *implícita* (dependente de mecanismos evocativos inconscientes)²⁹.

A importância do reconhecimento de uma memória implícita ou *inconscientemente evocada* ressalta a importância do ambiente. Uma vez que *estímulos* externos provocam o afloramento inconsciente de traços da memória, mecanismos associativos podem ser conscientemente empregados para trazer à luz, ou manter sob o manto das trevas, eventos componentes da formação histórica da personalidade. Decerto, o fato de a livre associação ser o mais potente instrumento da terapia psicanalítica freudiana³⁰ corrobora a importância da relação entre a evocação não intencional da memória de eventos traumáticos e dolorosos com a formação de uma personalidade que, para o bem e para o mal, os exclui da vida cotidiana.

Desse modo, o *esquecimento* entendido como ausência de estímulos evocativos apresenta uma importante relação com o *ambiente* em que o sujeito se encontra. Desde a primeira geração do behaviorismo, se coloca a noção de estímulos externos, combinados com o histórico de reforços e extinções do sujeito, como determinantes do comportamento. Não obstante, as teorias psicológicas dominantes hoje apontam tanto as causas conscientes, quanto as inconscientes — tanto internas quanto ambientais — como determinantes dos julgamentos, decisões e comportamento³¹. Não é diferente com a *amnésia dissociativa*, pois as memórias latentes dependem, para sua evocação, dos contextos interno e externo³². Desse modo, destaca-se a presença de um *esquecimento* seletivo mediante a repressão ou a divisão da personalidade (*self*) em facetas mais ou menos consistentes, de maneira a isolar lembranças; tal seletividade, evidentemente, não implica uma escolha consciente, mas a presença de meios de provocar a latência de traços da memória, muitos dos quais inconscientes e, mesmo, sem elaboração prévia.

Desse modo, a questão das funções do esquecimento aponta para duas dimensões irredutíveis, pois, no sentido teórico, se ganha em precisão e capacidade explicativa ao se abordar um sentido *econômico* e um sentido *integrador do self*, ao mesmo tempo em que, de uma perspectiva prática, espera-se maior eficiência do tratamento de cada função mediante terapêuticas específicas e, pelo menos com referência ao emprego de técnicas mnemônicas, paradoxais.

A função constitutiva do *self*, permeada por efeitos agregadores e desagregadores, é coevolutiva com as circunstâncias ambientais, posto que a dinâmica de associações e evocações disparadas por gatilhos externos é de fundamental importância para a ruptura ou manutenção dos equilíbrios de uma personalidade estabilizada em face do ambiente. Por essa razão, no âmbito desse artigo, se fala de uma *economia do esquecimento* em oposição potencial a uma *ecologia teleonômica*³³ do conhecimento. Essa circunstância se realiza na forma de uma

29 GRAF, P.; SCHACTER, D. L. Implicit and explicit memory for new associations in normal and amnesic subjects. *J. Exp. Psychol. Learn Mem. Cogn.*, v. 11, n. 3, p. 501-518, 1985.

30 FREUD, Sigmund. *Él método psicoanalítico de Freud (1904 [1903])*: Obras completas. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1976. v. 7. p. 233-242.

31 BARGH, John A.; CHARTRAND, Tanya L. The unbearable automaticity of being. *American Psychologist*, v. 54, n. 7, p. 462-479, 1999.

32 HOWELL, Elizabeth. *The dissociative mind*. Nova Iorque: Routledge, 2005. p. 198-204.

33 Para um breve esclarecimento, a noção de *teleonomia* indica a emergência de estruturas funcionalmente adaptadas em resposta a exigências ambientais mediante processos sem direcionamento voltados a uma meta preestabelecida. Ao contrário da *teleologia* que divisa um objetivo e direciona a ação para o alcançar (própria, por exemplo, do uso da visão para identificar alvos), a teleonomia

crescente contradição na medida em que o incremento da capacidade de instrumentos externos de auxílio à expansão da memória — em razão dos milhares de bibliotecas de Alexandria ao alcance de um clique — resolvem dilemas econômicos ao mesmo tempo em que expõem as pessoas a um ambiente informacional cujas estruturas psiconeurológicas de constituição e suporte do *self* não estão preparadas para enfrentar. Disso surgem problemas que o modelo jurídico pautado pela proteção da intimidade e privacidade nem sempre é capaz de solucionar.

5. MEMÓRIA E ESQUECIMENTO EM ARTEFATOS TECNOLÓGICOS

A tecnologia, enquanto ampliação das capacidades humanas, é necessariamente teleológica. Isso vale tanto para um martelo que multiplica a força do braço quanto para um foguete espacial que potencializa a mobilidade. A memória vem sendo auxiliada por artefatos desde as pedras postas pelo pastor em um saco para controlar o número de ovelhas. Notação simbólica, fonética, musical e fixação de imagens vêm servindo a tal finalidade bastante tempo antes da computação moderna. Desse modo, cabe perguntar se há, realmente, algo qualitativamente novo nessas recentes décadas de internet e *brontobytes*.

Uma interessante abordagem compreende essas mudanças como alterando os paradigmas arquivísticos não apenas quantitativamente, mas em aspectos diversos a respeito de seu lugar e função social. O modelo anterior, próprio da maior parte do século XX, é composto por arquivos estatais parcial e seletivamente abertos ao público, os quais são controlados por arquivistas e bibliotecários, responsáveis pela classificação e hierarquização da informação disponível; seu público é composto por especialistas, historiadores e letrados, reunidos em salas de leitura e com a circulação limitada a cópias reprográficas. Hoje há um grande arquivo global, com acesso simples e imediato, mantido por provedores de conteúdo predominantemente privados e oferecidos “gratuitamente” aos usuários da internet mediante arquivos de fácil armazenagem e distribuição³⁴.

A memória pública, portanto, passa a ter características novas e capazes de gerar novas dinâmicas de lembrança e esquecimento:

1. *Robustez e persistência*: a mesma informação é estocada diversas vezes, de maneira a tornar sua destruição praticamente impossível. Além disso, o arquivamento de códigos digitais binários não sofre a deterioração própria das informações analógicas;
2. *Acesso fácil e imediato*: é bastante amplo, embora existam barreiras técnicas e jurídicas para incrementar a escassez e garantir a remuneração de serviços privados;
3. *Sistemas de busca eficientes*: com a clara liderança do Google, mas tentativas de obter posições importantes por outras empresas, os provedores de busca oferecem caminhos rápidos e hierarquizados conforme os interesses dos usuários. A busca não se limita a descritivos de títulos, autores e palavras-chave, mas admitem argumentos cruzados e estruturados em expressões booleanas como busca nos *tags* e na íntegra dos documentos;
4. *Diversidade de formas*: além de arquivos de texto, há sons e imagens facilmente acessíveis; e
5. *Diversidade da fonte das informações*: conteúdos podem ser disponibilizados por qualquer interessado, o

não identifica o objetivo, mas responde a situações percebidas a curta distância (própria de quem tateia e termina por encontrar um caminho no escuro). Foi introduzida por Colin Pittendrigh (PITTENDRIGH, C. S. *Adaptation, natural selection, and behavior*. In: ROE, A.; SIMPSON, G. G. (Org.). *Behavior and evolution*. New Haven: Yale University Press, 1958) para explicar o aparecimento de certas características comportamentais a partir de processos biológicos evolutivos.

34 SZEKELY, Ivan. The right to be forgotten and the new archival paradigm. In: GHEZZI, A.; PEREIRA, Â. G.; VESNÍĆ-ALUJEVIĆ, L. (Org.). *The ethics of memory in a digital age: interrogating the right to be forgotten*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2014. p. 28-49.

que dá publicidade a informações tendentes a ser privadas no modelo anterior (dada a pouca popularidade dos sujeitos sobre quem se produz informação e a pouca capacidade de obter divulgação ampla). Essa diversidade dificulta que se trace uma linha distintiva entre *jornalistas* e amadores³⁵.

Tais características do arquivismo digital global reposicionam as questões da *economia do esquecimento*, pois a disponibilidade de meios auxiliares extremamente eficientes e baratos remodela a capacidade de lidar com informações públicas e privadas, considerando a banalização da possibilidade de arquivar e encontrar informação íntima e pessoal. Há um universo de informação *inabarcável* à disposição de qualquer pessoa com acesso à *internet*, de maneira que a escassez se transfere da capacidade de estocagem e fluxo de extração para a de tempo e competência para distinguir os conteúdos úteis, confiáveis e relevantes. Por exemplo: se os editores do século passado prestavam o serviço de *fazer chegar*, mediante caros e pesados livros, a informação escassa aos ávidos leitores, os de hoje ajudam o leitor a *escolher* algo a ser lido. O que se tornou mais importante *economizar*, portanto, é a disponibilidade de tempo dos consumidores.

A recuperação das informações, até um passado recente, dependia do encontro entre uma estrutura de indexação limitada a padrões temáticos — como a Classificação Decimal Universal (CDU) usada em muitas bibliotecas — e de ordenação alfabética. Embora *ordenado* para dar sentido à estocagem do material físico contendo as informações, não se trata de sistemas *hierarquizados* conforme a importância do material encontrado. Porém, isso não era assim tão importante em um tempo de escassez de informação. As formas de pesquisa que fizeram a fama de provedores de busca, por seu turno, empregam algoritmos de hierarquização conforme a importância, os quais — por considerarem a quantidade de acessos um indicador de relevância — produzem certa circularidade, mas, ainda assim, uma hierarquia. Alguns buscadores específicos admitem a opção por conjuntos de critérios, como o preço mais baixo em um sítio de compras, ou o número de citações na busca de artigos acadêmicos. Essa temática, porém, também vai se resolvendo com o desenvolvimento técnico de instrumentos informáticos e as opções dos usuários que emergem em forma de padrões de preferência.

As questões referentes à relação entre o *self* e seu ambiente, em relação ao que se denominou, neste estudo, uma *ecologia do esquecimento*, dependem de uma abordagem mais cuidadosa.

Como se sabe, a dinâmica cotidiana da memória é seletiva em diversos sentidos, inclusive no de evitar que alguns sinais ambientais disparem a evocação de eventos perturbadores da continuidade e da coerência do *self*. Uma supermemória digital, portanto, pode ter efeitos disruptivos tanto pelo caráter de reprodução integral de um passado indesejável, quanto pelo acesso imediato e em qualquer lugar a tais informações. Decerto, uma notícia que teria sido enterrada nos arquivos microfilmados de um grande diário já não pode atormentar seus atores, a menos que seja republicada (como nos casos dos REsp 1334097/RJ e REsp 1335153/RJ).

No modelo de arquivo digital global, o *tempo* e a *localização* já não se comportam da mesma maneira que anteriormente. As camadas de poeira já não cobrem edições antigas, que à distância de um clique reaparecem tinindo como novas. As fichas amareladas e os grossos óculos de arquivistas mal-humorados já não mediam o acesso aos arquivos, pois os provedores de busca são eficientes e muito fáceis de usar. Por fim, qualquer um, a custos relativamente baixos, pode prover conteúdos, o que vai borrando as linhas entre o *jornalista* e o *destinatário* da notícia, com inúmeras possibilidades intermediárias; do leitor que usa comentar notícias ao *youtuber* profissional. A informação é imediata, completa e barata.

Mas são apenas diferenças de quantidade e intensidade, ou isso implica transformações qualitativas de relevo?

35 Nesse sentido, PEREIRA, Ângela G.; VESNIĆ-ALUJEVIĆ, Lucia; GHEZZI, Alessia. The ethics of forgetting and remembering in the digital world through the eye of the media. In: GHEZZI, A.; PEREIRA, Â. G.; VESNIĆ-ALUJEVIĆ, L. (Org.). *The ethics of memory in a digital age: interrogating the right to be forgotten*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2014. p. 9-27. SANTOS, Manoel J. P. Direito de autor, direito de informação e *internet*. In: SANTOS, Manoel J. P.; JABUR, Wilson P. (Org.). *Propriedade intelectual*: direito autoral. São Paulo: Saraiva, 2014.

Entende-se, aqui, possível afirmar que a tecnologia reduziu e remodelou a memória e, contanto, o esquecimento. Tal circunstância afeta sobremaneira o ambiente informacional em relação aos usuários. Isso impacta tanto na *experiência existencial* dos usuários quanto na composição e dinâmica de seu *campo social* relevante.

À medida que o virtual se tornou pervasivo, esse novo espaço foi deixando de ser um espaço de projeção de elementos componentes de uma personalidade socialmente formada de maneira predominantemente presencial. Hoje a experiência é de um contínuo de realidade que se espalha para um campo eletronicamente mediado, há uma existência integrada em que a própria noção de mundo se constitui sem pressupor uma distinção radical entre ambos os espaços. A *internet* está na vivência formativa e conformativa das personalidades, sobretudo nas dimensões mais afetadas por códigos formais e conteúdos simbólicos (*selves* conceitual e estendido de Neisser, por exemplo)³⁶, mas, atualmente, com importantíssimas aproximações de experiências imediatas — ou seja, não mediadas — como por meio da emulação de contatos face a face (*self* interpessoal) e até mesmo da realidade espacial (*self* ambiental). Em outros termos: a experiência de vida na rede vai se aproximado de um sentimento total, talvez como pretendido na *Gesamtkunstwerk* wagneriana, com a diferença do envolvimento de todo e qualquer participante, já que é praticamente impossível ficar de fora. A personalidade na rede já não é um simulacro, é verdadeira expressão da pessoa.

É evidente que há e haverá personalidades falsas projetadas na *internet*, mas estas, sempre, existiram. A projeção social intencional de uma imagem que não corresponde ao que o próprio sujeito acredita ou sabe de si mesmo não é incomum. Muitas vezes é simplesmente parte das necessidades sociais e se confunde com a etiqueta. Outras, pode ser a fria elaboração de um malandro, um *con artist*. Não devem surpreender, portanto, ações pensadas para elaborar uma expressão na rede que seja mais adaptada a determinadas finalidades e objetivos, uma espécie de projeto empresarial de personalidade³⁷, com diferentes graus de sucesso e capacidade destrutiva.

Porém, a ampla disponibilidade de informação, de diversas fontes e circulando em profusão pela *internet* facilita a identificação de possíveis fraudes. Nesse ponto, um direito ao esquecimento em base de pura e simples notificação do interessado (*notice and takedown*) pode ser problemático para a própria segurança dos que circulam na rede e nela encontram fonte fiável de informações sobre as pessoas com quem interage.

De qualquer maneira, o ponto fundamental a ressaltar, aqui, é a *realidade e objetividade* das construções sociais e psicossociais em rede. Decerto, a afirmação e o debate da construção social da realidade já não são novos e envolve, desde logo, a necessidade de dissociar as noções de *visibilidade e tangibilidade*, tão importantes para a noção básica de *objetividade*. Realidades sociais não são sentidas pelo tato ou percebidas pela visão, embora alguns de seus marcos possam ser simbolicamente evocativos; não obstante são incorporadas pelos sujeitos cognoscentes como constitutivas e organizadoras da existência pessoal, social e, mesmo, institucional, posto que a constituição e continuidade da realidade social é mediada por estruturas especializadas e, *i.a.*, capazes de estabelecer parâmetros de conformidade comportamental e identificação individual e coletiva dos sujeitos³⁸.

Hoje muitos dos sujeitos se formam psicológica e socialmente em um meio impossível de ser definido como virtual ou presencial. As teias simbólicas de sustentação da identidade, bem como as relações interpessoais de conformação das esferas íntima e privada, já não se compõem prioritariamente em um tipo de ambiente. Ao que parece, a percepção de constante troca de ambiente também vai se tornando menos definida, mais borrada.

36 NEISSER, Ulric. *The Perceived self: Ecological and interpersonal sources of self-knowledge*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

37 SCHWEITZER, Doris. Die digitale Person: die Anrufung des Subjekts im Recht auf Vergessenwerden. *Österreiches Zeitschrift für Soziologie*, v. 42, n. 3, p. 237-257, 2017.

38 BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *The social construction of reality: a treatise in the sociology of knowledge*. Nova Iorque: Penguin, 1971.

Nesse ponto é possível contestar uma concepção topológica da personalidade que localiza a intimidade no mundo *presencial* e reserva aos espaços virtuais a condição de um *campo público*. Parte considerável do mundo já não é comandada pelos diários impressos, rádios e emissoras de televisão, formas dominantes no tempo em que a mídia era, por razões de economia de escala, necessariamente unilateral e, portanto, era uma construção/projeção do espaço público, inclusive mediante o simulacro das novelas televisivas e das revistas de fofocas de famosos. Assim como o âmbito presencial pode ser íntimo, privado, coletivo e público, também pode ser o virtual. Daí se percebe o risco de tratar o direito ao esquecimento com base em categorias formuladas em face de uma realidade já transformada, sobretudo quando a demanda por tal figura se justifica, exatamente, pelos desafios constantemente lançados pelo aprofundamento do envolvimento da personalidade no universo virtual, o qual é tão real quanto o que estamos acostumados a ver e tocar.

6. PARA UMA (RE)ARTICULAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

No início deste artigo, se observaram duas tendências da jurisprudência do STJ no estabelecimento de parâmetros para a afirmação de um direito ao esquecimento. A primeira delas é afirmada nos casos referentes à mídia televisiva e impressa, se inspira nos direitos de personalidade para afirmar a possibilidade de impedir, conforme circunstâncias fáticas a serem sopesadas pelo juiz, a publicação de matérias que afetem direitos morais — especialmente à intimidade e à privacidade — referentes a eventos muito relevantes no passado, mas cuja retomada não justifica algumas referências a envolvidos, supostos ou efetivos. A segunda, referente à imposição de limites para a busca em provedores de aplicação da internet em razão do pedido de interessados na supressão de informações sobre si, estabelece a necessidade de decisão judicial e a limitação às páginas indicadas na sentença.

Ambas as tendências, porém, colocam a proteção da intimidade e da privacidade em oposição aos direitos à informação e à liberdade de imprensa como noções centrais do direito ao esquecimento. Dessa circunstância deriva a completa ausência de necessidade de se buscar esteio em uma nova figura jurídica: basta a reafirmação dos direitos já legal e constitucionalmente estabelecidos à intimidade e à privacidade, com alguns ajustes técnicos e quantitativos, sobretudo no que se refere às mídias digitais.

Mas o esquecimento tem dinâmicas próprias, as quais se alteraram qualitativamente com o advento dos novos meios de acessar e estocar informação. Essas peculiaridades não foram capturadas, até o presente, na jurisprudência brasileira, o que é plenamente justificável, pois, em nossa cultura jurídica, há clara preponderância da lei e ir além de seus limites corrói o fundamentalíssimo princípio da legalidade. Os textos de doutrina brasileira empregados na análise raramente vão além do que já se discutiu na jurisprudência ou, algumas vezes, se limitam a traçar linhas gerais sobre a especificidade das relações humanas na rede e à necessidade de um tratamento próprio e adequado.

Não obstante, a análise aqui desenvolvida visa identificar traços específicos do esquecimento para, então, levantar algumas questões técnicas a respeito de uma possível construção conceitual que possa lidar melhor com o ambiente digital. Há, particularmente, três desafios específicos a serem enfrentados em relação ao esquecimento.

6.1. Esquecimento e privacidade na rede

Primeiramente, há dificuldades de manejar a distinção de campos privados e públicos na rede. Essas levam a situações de violação da intimidade e privacidade por falta de habilidade e conhecimentos, seja pela incapacidade de compreender o potencial de replicação nas redes digitais, seja com a intenção de embaralhar as esferas — e aqui não se fala apenas na postagem em websites, mas à circulação de e-mails e mensagens

instantâneas. Há tanto exemplos de conteúdo particular exponencialmente repetido, mediante a chamada *viralização*, quanto do uso da rede para disseminar projetos empresariais identitários, o que está na gênese conceitual de serviços como o *Twitter*, um campo virtual em que subcelebridades se acotovelam por um pouco de luz. A disseminação invasiva resultante do descuido, às vezes imperito ou imprudente, é derivada da mistura entre o presencial e o virtual, pois às vezes se descarta de que o segundo tem o dom da supermemória e realiza o milagre da reprodução infinita dos dados.

Há, nesse aspecto, interesses (i) dos indivíduos em não deixarem escapar informações íntimas e privadas, (ii) da sociedade em ter informações e canais disponíveis a baixo custo e de utilização livre e (iii) dos provedores de acesso, aplicações, busca e conteúdos em evitar o incremento de seus custos operacionais. O interesse geral no baixo custo dos serviços mediados pela internet é, evidentemente, compatível com o dos fornecedores pois, como se percebe mediante o emprego básico do modelo de oferta e procura, o incremento de custos de produção reduz a oferta e, portanto, implica menor quantidade de bens a preços mais elevados.

Nesse contexto há questões envolvendo vários campos do Direito, como Direito do Consumidor (qualidade do serviço prestado, inclusive mediante a proteção da intimidade e privacidade), direitos da personalidade (intimidade e privacidade), interesse público e políticas de internet (direito à informação, liberdade de expressão e liberdade de imprensa *i. a.*), direito econômico (externalidades, cartelização, efeitos da regulação sobre a concorrência, *i.a.*) e outros.

Não obstante, apesar da notável importância das transformações resultantes do emprego de novos meios de comunicação, as influências das alterações da dinâmica do esquecimento são relativamente pequenas. Talvez, especificamente, seja apenas para o caso de uma informação pessoal e pretérita sem interesse geral ao tempo em que foi gerada ou postada e cuja permanência na rede causa desconfortos ou prejuízos para o interessado (como no caso *Costeja*³⁹)

6.2. Múltipla titularidade

Meios bem articulados de cooperação no ambiente digital possibilitam a criação conjunta de objetos informacionais, dando lugar a bens com dupla ou múltipla titularidade. É o caso de textos editados a quatro mãos em plataformas de compartilhamento remoto ou, mesmo, por múltiplos colaboradores, em sistemas do tipo *Wiki*.

Não se trata, aqui, do interessado que teve sua imagem, fonograma ou texto indevidamente utilizado por terceiros na composição de obra, mas da cooperação para a criação de obra coletiva. Observe-se que a proteção autoral não depende nem da qualidade de um objeto para que possa ser considerado artístico, ou da intenção de seus autores: basta haver criatividade e originalidade. Sim, uma fotografia 3x4 de um desconhecido qualquer, por mais banal que seja, é uma obra autoral e, portanto, protegida. Do mesmo modo, um trabalho medíocre de conclusão de disciplina, escrito de qualquer modo por um grupo de estudantes, receberá o mesmo tratamento jurídico do mais elevado texto poético.

O fato de que a comunicação mediada pela *internet* possibilita a contínua fixação e retenção em meio digital de um sem número de contribuições autorais, combinado com a ausência da necessidade de registro, gera a falta de consciência de se estar, continuamente, a lidar com direitos intelectuais protegidos. Daí surgem limites para o exercício de um direito ao esquecimento, especialmente quando a informação que se pretende apagar é de titularidade alheia ou colaborativa.

Os casos mais óbvios são reportagens publicadas na imprensa. Aí, o texto que relata fatos inconvenientes

39 Tribunal de Justiça Europeu. *Google Spain SL e Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja Gonzalez, de 13 de maio de 2015*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&doclang=PT>>. Acesso em: 28 out. 2017. Fala-se na remoção do dado quando o resultado da busca “parecer ser inadequado, irrelevante ou tenha deixado de ser relevante em razão do tempo decorrido”.

e a fotografia que ilustra a matéria não são de autoria de seu protagonista, mas de repórteres e fotógrafos. Pode ocorrer cooperação, como no caso de se responder uma entrevista e ter as falas reproduzidas, ou no de posar para uma fotografia. Haveria, além da saída já discutida acima (sopesamento entre privacidade e liberdade de imprensa), uma solução pautada pelos direitos intelectuais?

O direito de arrependimento, entendido como o direito de o autor solicitar a retirada de obra de circulação, sempre que houver substancial e criativa participação de um entrevistado ou fotografado, por exemplo. A Lei 9.610/98, Art. 24, VI, deixa clara a possibilidade de “retirar de circulação ou suspender qualquer forma de utilização já autorizada”. Como há regra específica sobre o exercício de direitos morais no caso de obra audiovisual, reservados para o diretor, é possível inferir, *a contrario sensu*, a autorização para o coautor de outros tipos de obra, inclusive coletivas diversas da audiovisual. Além disso, embora a lei condicione o exercício do arrependimento àquilo que possa implicar “afronta a sua reputação ou honra”, é possível fundamentar seu exercício *ad nutum* no Código Civil combinado com a Constituição de 1988⁴⁰.

Essa linha de solução se aplica perfeitamente bem a questões referentes a postagens não jornalísticas, assim como aquelas que se encontram no limbo entre o jornalismo profissional e o mero amadorismo, de material criado cooperativamente. Portanto, mesmo se houver autorização expressa prévia, o direito de retirar o material de circulação cabe ao coautor, arrependido e que prefere o esquecimento.

É, no mínimo, um suporte jurídico adicional a alguns pedidos baseados voltados ao esquecimento. Em uma dimensão ampliada, como conta com proteção especial, inclusive com suporte em tratados internacionais dos quais o Brasil é Parte, pode vir a gerar efeitos mais robustos sobre a limitação das buscas e o alcance extraterritorial de decisões.

Com vistas à questão de como estabelecer e regular um direito ao esquecimento como novo, específico e distinto do que já se encontra protegido por via transversa, essa solução inspira o enfoque na relação entre “autorização” original e “arrependimento” posterior. Não é necessário situar tal dicotomia no campo de tensão entre direitos da personalidade e direitos à informação ou liberdade de imprensa. Aqui se destaca o trivial desconforto com “erros” passados e se admite, desde que sem prejuízo a outrem, a retirada de conteúdos indesejados.

6.3. Supermemória e ambientação do *self*

A mais óbvia relação do direito ao esquecimento com o mundo digitalizado é, evidentemente, a presença de faculdades de armazenamento ilimitado e evocação simples, instantânea e hierarquizada conforme a relevância. Embora seja indubitável que seus efeitos sejam imensamente positivos, há circunstâncias em que está na raiz de desconforto, sofrimento e até mesmo perdas patrimoniais.

Isso se deve, particularmente, à ineficácia em um contexto de supermemória de estratégias repressivas e dissociativas de manutenção da integralidade e funcionalidade do *self*. Circunstâncias dolorosas já não podem ser deixadas para trás e assombram, continuamente, o sujeito, pois estarão ao alcance de um clique, para si ou para terceiros.

Como praticamente já não existem pessoas integralmente fora da rede, tornou-se imensamente comum buscar aí informações prévias a qualquer relacionamento, de profissional a afetivo. Desse modo, a sobreposição de redes de relacionamento faz com que as informações disponíveis na *internet* transbordem imediatamente para qualquer outro ambiente e, contanto, a referência a fatos pretéritos incômodos, mesmo que inocentes, sem a intenção de *bullying*.

Não se trata, portanto, apenas de resguardar a intimidade e a privacidade, mas verificar o impacto sobre a *função do esquecimento no processo formativo da identidade e da personalidade*. Observe-se que a importância dos si-

40 ZANINI, Leonardo E. A. *Direitos de autor*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 399-416.

nais ambientais no afloramento de traços da memória nos processos de autointerpretação (*self-construal*) tem ainda maior relevo em sua versão interdependente, em oposição à ideia de uma interpretação independente. Se, decerto, a ideia predominante é de que a personalidade se projeta do indivíduo para o exterior e, portanto, a interpretação legítima é aquela independente, a consistência do *self* em face do mundo é articulada de forma interdependente, de modo a incluir “outros” relevantes (família, colegas e redes de relacionamento) e ressaltar a importância da conectividade do indivíduo⁴¹.

Ora, a noção de autointerpretação interdependente ressalta a importância da alteridade na conformação da personalidade. Desse modo, aspectos do *self* conscientemente experienciado se espraiam sobre redes de socialização em que facetas diversas do sujeito se manifestam de maneira coerente com um ambiente imediato, mas potencialmente contraditórias com a personalidade projetada em outros *topoi* de relacionamento. A administração da autoconsciência, portanto, preserva sua integralidade e consistência na medida em que é possível manter algum grau de incomunicabilidade entre âmbitos de relação.

Modelos mais sofisticados de *self*, portanto, vão além da noção histórica, mas ainda sedimentada na tradição ocidental atual de uma personalidade individual estruturalmente consistente e organizada em torno da consciência da qual, possivelmente, as críticas kantianas sejam a mais perfeita expressão. Destaca-se o tratamento do *self* como se manifestando em dimensões concomitantes e complementares, sistemicamente articuladas sem a intervenção de um homúnculo⁴², ou seja, a noção de que a personalidade não é *unitária*, mas se distribui em diversas funções e atividades. A memória e, portanto, os sinais ambientalmente disponíveis que balizam a evocação tratam de ativar aspectos diversos do *self* e das autobiografias de modo a reboçar a autoconsciência por um fio de consistência através de diversos cenários e papéis, atuais ou potenciais.

Nesse ponto revela-se que as melhoras da economia da memória geraram impactos *qualitativos* na ecologia das vivências pessoais. Há inúmeras circunstâncias novas, mas parece razoável reduzir a três vetores de confusão de esferas de relacionamento.

O primeiro vai do íntimo ou privado para o público, com a divulgação — originalmente autorizada ou não — de informações capazes de prejudicar o sujeito. O segundo vai do público para o privado, como nos famosos casos de criminosos regenerados e inadimplentes reestabelecidos. O terceiro, menos claro na jurisprudência ou doutrina jurídica atuais, é de vazamento entre esferas que não se definem em termos de esferas concêntricas, mas saltam entre âmbitos anteriormente incomunicáveis, mas tornados permeáveis pelo uso da *internet*. Sendo esse terceiro vetor menos afeito ao pensamento jurídico tradicional, é importante realizar algum detalhamento.

6.4. Limites do modelo jurídico de segmentação do contínuo do íntimo ao público

Compreensões mais complexas e fluídas do *self*, como as discutidas alguns parágrafos acima, são alheias à modelagem jurídica dos âmbitos de relações. Essa visa atribuir conjuntos articulados de normas — os chamados *regimes jurídicos* — a categorias projetáveis sobre a realidade, atribuindo a um constructo fático a situação de regido por certas normas e princípios. Daí, aliás, a caracterização como caso difícil⁴³ da situação em que se deve sopesar direitos da personalidade em face da liberdade de imprensa: coloca-se em questão a indecidibilidade sobre qual regime aplicar. Ora, as questões referentes ao direito ao esquecimento são pautadas por um modelo jurídico de esferas concêntricas de individualidade. Veja-se, diretamente do centro do campo jurídico brasileiro, a definição de Luís Roberto Barroso⁴⁴:

41 MARKUS, Hazel Rose; KITAYAMA, Shinobu. Culture and the self: implications for cognition, emotion and motivation. *Psychological review*, v. 98, n. 2. p. 224-253, 1991.

42 NIESSER, Ulrich. Five kinds of self-knowledge. *Philosophical Psychology*, v. 1, n. 1, p. 35-59, 1988.

43 COSTA, José A. F. Princípios jurídicos e casos difíceis. *Pesquisa em pós-graduação: série Direito*, UniSantos, v. 3, p. 1-21, 2000.

44 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 87.

Em síntese, o espaço estritamente privado compreende o indivíduo consigo próprio, abrigado em sua consciência (intimidade) ou com sua família, protegido por seu domicílio (privacidade). O espaço privado, mas não reservado, é o do indivíduo em relação com a sociedade, na busca da realização de seus interesses privados, individuais e coletivos. E por fim, o espaço público é o da relação dos indivíduos com o Estado, com o poder político, mediante o controle crítico, a deliberação pública e a participação política.

Esse modelo, que se denominará aqui “de esferas jurídicas da personalidade”, se aproxima de uma célula, com várias camadas sobrepostas, refletindo o senso comum dos juristas e práticos do Direito⁴⁵. Ele é fundamental para a compreensão de um *direito à intimidade* ou *à privacidade*, bem como para a compreensão de separação dos negócios privados das relações especificamente públicas ou políticas. Importa, porém, destacar que essa estrutura revela concepções jurídicas de fundo, as quais não são necessariamente coincidentes com as descrições psicológicas do *self* e da memória, ou com as características da memória social mediada por instrumentos físicos ou digitais. Aqui se revela a dificuldade de utilizar esse modelo para lidar com a nova permeabilidade de círculos e redes sociais, pois há situações que não podem ser tratadas seja a partir da dicotomização público/privado, seja por esferas de liberdade.

Decerto, a imputação própria das normas jurídicas se manifesta de modo binário, ou seja, ou a regra se aplica, ou não, *tertium non datur*. No entanto, as circunstâncias fáticas correspondentes, ou não, às hipóteses normativas se efetivam, inúmeras vezes, em contínuos. A ideia de camadas sucessivas, portanto, é compatível com uma realidade *contínua*, mas escandida ao sabor das locuções jurídicas, com cada segmento regulado por um regime próprio.

Do ponto de vista de um estudo do direito ao esquecimento, porém, há uma consequência adicional de uma aceitação naturalizada desse modelo em camadas: este é adequado às questões referentes à intimidade e à privacidade, mas pouco diz a respeito da economia e da ecologia do esquecimento. Seu desenho tem o objetivo de identificar âmbitos de disponibilidade e acesso em que determinados dados podem ser disponibilizados e permanecer acessíveis. Desse modo, os *vazamentos* para âmbitos inadequados e os problemas de conjuntos de dados indissociáveis da *interatividade* de dois ou mais sujeitos tendem a ser tratados a partir dessa distribuição.

A *ilegitimidade* da informação estocada ou recuperada, então, normalmente decorre de um *vício original*: jamais deveria ser vazada ou disponibilizada por um interessado ou participante em detrimento de legítimos interesses na manutenção de uma informação em um âmbito restrito. Mas há postagens das quais o autor se arrepende, inclusive as feitas por terceiro (coautor ou não) com anuência do desejoso de ser esquecido. Daí faz bastante sentido buscar apoio no argumento de que, não fossem as características do meio digital, tais fatos já teriam sido remetidos ao olvido. Ao que parece, ainda que estreito, é esse o terreno que demanda reflexão jurídica e possível normatização, pois os demais, bem ou mal, estão acolhidos no modelo das esferas concêntricas.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A jurisprudência e doutrina brasileiras, em um esforço adequado e legítimo, vêm apresentando uma concepção de direito ao esquecimento ainda bastante lacunosa. A identificação de duas correntes aparentemente complementares, mas tensionadas na forma de lidar com a questão do esquecimento — uma propondo sopesamento de princípios e outra uma solução técnica — revela sintomas de um desenvolvimento conceitual em que o emprego do rótulo antecede um consenso sobre seu conteúdo.

45 Para a noção de senso comum teórico dos juristas, ver: WARAT, Luís A. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Sequencia*, v. 3, n. 5. p. 48-57, 1982.

A retomada de uma reflexão etimológica, psiconeurológica e informacional das noções de esquecimento e memória são bastante reveladores e auxiliam a tarefa de mapear as possibilidades críticas e de construção conceitual e normativa. Apenas para lembrar: esquecer é a ação daquele que deixa de lembrar e, portanto, é uma falha na memória. Essa falha pode ser de estocagem ou de evocação, o que atende tanto a questões econômicas (tamanho do depósito e do sistema de busca) quanto ambientais (ambiente como reforço e aprofundamento da memória).

Nesse diapasão o esquecimento soa desafinado, mas, como se observou, pode ter importantes funções para dar coerência e continuidade ao *self*, ajudando a lidar com lembranças dolorosas, repressões e dissociações, o que muitas vezes se apresenta na forma de amnésia. Por conseguinte, a resolução tecnológica dos problemas de memória, mediante a disponibilidade instantânea de uma gigantesca quantidade de informações, resolve grande parte das questões econômicas — o que é muito bom para todos — mas abre a porta para efeitos colaterais indesejados. No caso do esquecimento, as estratégias bem adaptadas para um mundo em que os arquivos eram de papel e descritos e amarelados fichários já não servem para o meio digital e, portanto, há novas questões a serem tratadas.

Nesse ponto, identifica-se, com base nas teorias de autointerpretação (*self construction*), a importância de registros ambientais diversos para a personalidade e a identidade: estas não são algo que vai de dentro (íntimo) para fora (público), mas se constituem mediante acoplagens localmente funcionais — ou seja, que funcionam bem para um determinado contexto — sem exigir coerências integrais. Consequentemente: (i) vazamentos de uma rede de relacionamento para outra podem gerar rupturas de sentido em face do projeto de personalidade para aquele contexto, dando espaço para que terceiros demandem uma coerência integral que é disfuncional para o sujeito e (ii) vazamentos de ambientes estrategicamente abandonados pelo sujeito o voltem a perseguir, mesmo que sem intervenção de terceiros, pela constante presença na rede de informações que remetem a eventos dolorosos.

Essas constatações sugerem a insuficiência do modelo jurídico de esferas de privacidade para abarcar integralmente a temática do esquecimento. Como já se observou, a prática brasileira ainda está longe de consolidar uma posição a respeito do direito ao esquecimento e, possivelmente, a referência constante aos Direitos americano e europeu, apesar de sua importância, pode gerar o efeito negativo de aprisionar o raciocínio em caixas já antigas.

Do ponto de vista estritamente jurídico essas constatações levantam alguns pontos importantes para a reflexão futura:

1. A questão do direito ao esquecimento se coloca em um campo de tensão em que o interesse público na liberdade de informação e o interesse privado de provedores de serviços de *internet* parecem estar alinhados, mas apresentam aspectos contraditórios, sobretudo pela tensão entre o interesse em se obter facilmente a responsabilização dos provedores e o de acessar a maior quantidade de informação possível pelo menor custo possível;
2. Esse aspecto, portanto, tem impacto sobre as políticas públicas de ampliação do acesso à *internet* (incluindo digital), manutenção da neutralidade de rede e exercício de formas de controle da informação;
3. Não é possível, porém, tratar o tema a partir de uma única perspectiva, além do Direito Administrativo e o Direito Econômico, necessários para aferir e delimitar políticas públicas, há aspectos de Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito de Autor, Direito Internacional, Direito Penal e Direito Processual. Soluções não articuladas entre vários ramos podem vir a emperrar a boa aplicação do direito ao esquecimento ou, o que seria ainda pior, o bom funcionamento da *internet*; e
4. Além de aspectos estritamente normativos, há necessidade de promover análises e debates interdisciplinares, pois os aportes econômicos, psicológicos e informáticos, *i. a.*, são indispensáveis para uma compreensão bem situada do que se pretende regular.

REFERÊNCIAS

- ALEXU, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ATKINSON, R. C.; SHIFFRIN, R. M. Human memory: a proposed system and its control processes. In: SPENCE, K. W.; SPENCE, J. T. *The psychology of learning and motivation*. Nova Iorque: Academic Press, 1968. v. 2. p. 98-195.
- BADDELEY, Alan D. The psychology of memory. In: BADDELEY, Alan D.; KOPELMAN, Michael D., WILSON, Barbara A. *The handbook of memory disorders*. 2. ed. Nova Iorque: Wiley, 2002. p. 3-16.
- BARGH, John A.; CHARTRAND, Tanya L. The unbearable automaticity of being. *American Psychologist*, v. 54, n. 7, p. 462-479, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *The social construction of reality: a treatise in the sociology of knowledge*. Nova Iorque: Penguin, 1971.
- BORGES, Jorge Luis. *Ficciones: Obras completas*. Buenos Aires: EMECE, 1989. v. 2.
- CONSTALER, Zilda M. *Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual*. Curitiba: Juruá, 2017.
- COSTA, André B. N. Direito ao esquecimento no ambiente digital: estratégias para a otimização dos interesses em jogo. *Revista de Direito Privado*, v. 67, p. 79-102, 2016.
- COSTA, José A. F. Princípios jurídicos e casos difíceis. *Pesquisa em pós-graduação: série Direito*, UniSantos, v. 3, p. 1-21, 2000.
- COSTA, José A. F. Estratégias de justificação e princípios. *Integração: Ensino-pesquisa-extensão*, São Paulo, v. 13, p. 152-155, 1998.
- CUNHA, Mário V. A.; ITAGIBA, Gabriel. Between privacy, freedom of information and freedom of expression: is there a right to be forgotten in Brazil? *Computer law and security review*, v. 32, n. 4, p. 634-641, 2016.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Nova Iorque: Bloomsbury, 2013.
- ECO, Umberto; MIGUEL, Marilyn. Na ars oblivionalis? Forget it! *PMLA*, v. 103, n. 3, p. 254-261, 1988.
- FREUD, Sigmund. *Él método psicoanalítico de Freud (1904 [1903])*: Obras completas. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1976. v. 7. p. 233-242.
- GLARE, P. G. W. *Oxford Latin Dictionary*. Oxford: Oxford University Press, 1968.
- GRAF, P.; SCHACTER, D. L. Implicit and explicit memory for new associations in normal and amnesic subjects. *J. Exp. Psychol. Learn Mem. Cogn.*, v. 11, n. 3, p. 501-518, 1985.
- GRAU, Eros R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- HOWELL, Elizabeth. *The dissociative mind*. Nova Iorque: Routledge, 2005.
- LEPORT, A. et al. Behavioral and neuroanatomical investigation of Highly Superior Autobiographical Memory (HSAM). *Neurobiology of learning and memory*, v. 98, n. 1, p. 78-92.
- LEWIS, Charlton T.; SHORT, Charles; FREUND, William. *A Latin Dictionary founded on Andrew's Editoin of Freund's Latin Dictionary*. Oxford: Clarendon Press, 1879.
- LIMA, Cíntia R. P. Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no Direito comunitário europeu, no Direito italiano e no Direito brasileiro. *Doctrinas essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2015. v. 8.

MARKUS, Hazel Rose; KITAYAMA, Shinobu. Culture and the self: implications for cognition, emotion and motivation. *Psychological review*, v. 98, n. 2, p. 224-253, 1991.

MATSUMOTO, David. *The Cambridge Dictionary of Psychology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

MELO, Jussara C. Regulação do direito ao esquecimento no ciberespaço: heterogeneidade de lealdades no espaço público de postulação de interesses legítimos. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 1, n. 1, p. 93-116, ano.

NEISSER, Ulric. *The Perceived self: Ecological and interpersonal sources of self-knowledge*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

PATRIDGE, Eric. *Origins: a short etymological dictionary of modern English*. Nova Iorque: The Macmillan Company, 1958.

PEREIRA, Ângela G.; VESNIĆ-ALUJEVIĆ, Lucia; GHEZZI, Alessia. The ethics of forgetting and remembering in the digital world through the eye of the media. In: GHEZZI, A.; PEREIRA, Â. G.; VESNIĆ-ALUJEVIĆ, L. (Org.). *The ethics of memory in a digital age: interrogating the right to be forgotten*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2014. p. 9-27.

PITTENDRIGH, C. S. Adaptation, natural selection, and behavior. In: ROE, A.; SIMPSON, G. G. (Org.). *Behavior and evolution*. New Haven: Yale University Press, 1958.

SANTOS, Manoel J. P. Direito de autor, direito de informação e *internet*. In: SANTOS, Manoel J. P.; JABUR, Wilson P. (Org.). *Propriedade intelectual: direito autoral*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHREIBER, Anderson. *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHWEITZER, Doris. Die digitale Person: die Anrufung des Subjekts im Recht auf Vergessenwerden. *Österreiches Zeitschrift für Soziologie*, v. 42, n. 3, p. 237-257, 2017.

SMITH, S. M. Environmental context and human memory. In: DAVIES, G. M.; THOMSON, D. M. (Org.). *Memory in context: context in memory*. Nova Iorque: Wiley, 1988. p. 13-24.

STEINER, Renata. Breves notas sobre o direito ao esquecimento. In: RUZYK, Carlos E. P.; SOUZA, Eduardo N.; MENEZES, Jaciane B. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Org.). *Direito Civil Constitucional*. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 87-102.

SZEKELY, Ivan. The right to be forgotten and the new archival paradigm. In: GHEZZI, A.; PEREIRA, Â. G.; VESNIĆ-ALUJEVIĆ, L. (Org.). *The ethics of memory in a digital age: interrogating the right to be forgotten*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2014. p. 28-49.

WARAT, Luís A. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Sequencia*, v. 3, n. 5, p. 48-57, 1982.

WILSON, Barbara A. Management and remediation of memory problems in brain-injured adults. In: BADDELEY, Alan D.; KOPELMAN, Michael D.; WILSON, Barbara A. *The handbook of memory disorders*. 2. ed. Nova Iorque: Wiley, 2002. p. 655-682.

WOODS, Bob. Reducing the impact of cognitive impairment in dementia. In: BADDELEY, Alan D.; KOPELMAN, Michael D.; WILSON, Barbara A. *The handbook of memory disorders*. 2. ed. Nova Iorque: Wiley, 2002. p. 741-756.

ZANINI, Leonardo E. A. *Direitos de autor*. São Paulo: Saraiva, 2015.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A aplicação do direito ao esquecimento aos agentes delitivos: uma análise acerca da ponderação entre o direito à imagem e as liberdades de expressão e de informação

Criminals using the right to be forgotten: an analysis of apparent collision between the right to image and the right to inform

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

Flávia Nunes de Carvalho
Cavichioli Carmona

A aplicação do direito ao esquecimento aos agentes delitivos: uma análise acerca da ponderação entre o direito à imagem e as liberdades de expressão e de informação*

Criminals using the right to be forgotten: an analysis of apparent collision between the right to image and the right to inform

Paulo Afonso Cavichioli Carmona**

Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli Carmona***

RESUMO

O objetivo desse artigo é abordar a aplicação do direito ao esquecimento aos agentes delitivos partindo da análise da ponderação entre o direito a imagem e as liberdades de expressão e de informação, bem como propondo a utilização de critérios que auxiliem o julgador em sua decisão. Por meio de pesquisa dedutiva, doutrinária e jurisprudencial, o artigo, primeiro, analisa conceitualmente e historicamente o delineamento do direito ao esquecimento, assim como aborda as contribuições que os principais julgados, internacionais e pátrios, trazem sobre o tema. Discorre acerca do direito à imagem e das liberdades de expressão e de informação, que estariam em aparente colisão quando há interesse de um indivíduo, que cometeu um delito no passado, não ver este fato lembrado por tempo indeterminado. Conclui-se que a ponderação a ser realizada no caso em concreto pode se valer tanto dos critérios auxiliares apontados pela jurisprudência – temporal, historicidade, imprescindibilidade do sujeito e interesse público, quanto de critérios auxiliares objetivos – absolvição, reabilitação e prescrição. A indicação desses critérios objetivos como auxiliares na interpretação do julgador ao analisar o direito ao esquecimento aos agentes delitivos é a grande inovação acerca da temática proposta no artigo.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento. Direito à Imagem. Liberdades de Expressão e de Informação. Ponderação. Critérios Objetivos.

ABSTRACT

The objective of this article is to study the criminals using the right to be forgotten based on the analysis of the balance between the right to image and right to inform, as well as proposing the use of criteria that aid the judge in his decision. Through deductive, doctrinal and jurisprudential research, the article analyzes conceptually and historically the delineation of the right to be forgotten, as well as discusses the contributions that jurisprudence, international and national, bring about the theme. It talks about the right

* Recebido em 30/10/2017
Aprovado em 11/12/2017

** Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Uniceub; mestre e doutor em Direito pela PUC-SP; Juiz de Direito (TJDFT); Professor dos cursos de especialização em Direito da FESMPDFT. Email: paccarmona@hotmail.com

*** Mestranda em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB; Analista Judiciário do TJDF. Email: flavianunes@gmail.com

to the image and the right to inform, which would be in apparent collision when there is interest of an individual who has committed a crime in the past, not to see this fact remembered indefinitely. This article concludes that the weighting to be carried out in the specific case can take advantage of the auxiliary jurisprudential criteria - temporal, historicity, indispensability of the subject and public interest, and objective auxiliary criteria - absolution, rehabilitation and prescription. The indication of these objective criteria as an aid in the interpretation of the judge when analyzing the right to be forgotten to criminals is the great innovation about the theme proposed in the article.

Keywords: Right to be forgotten. Right to image. Right to inform. Objective Criteria.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é analisar o direito ao esquecimento, também denominado de ‘direito de ser deixado em paz’ ou ‘direito de estar só’, e o seu alcance pelos agentes delitivos. Para tanto, faz-se necessário o estudo do direito à imagem e das liberdades de expressão e de informação, os quais entram em aparente rota de colisão, quando o assunto envolve o interesse de um indivíduo, que cometeu um delito no passado, não ver este assunto lembrado *ad eternum*.

A ditadura militar, mácula recente na história do Brasil, foi um período de restrições à liberdade de expressão e de forte censura à imprensa. Assim, a ruptura com esse regime e o advento do Estado Democrático de Direito veio permeado de cautelas, exteriorizadas na Constituição Federal de 1988, sobretudo, com os direitos fundamentais: à livre manifestação do pensamento, vedado o anonimato; à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica de comunicação, independentemente de censura ou licença; e, ao acesso a informação, resguardado o sigilo da fonte (art. 5º, IV e IX, XIV, CF). Ademais, o título VIII, destinado à ordem social, dedica um capítulo à comunicação social, pormenorizando e ratificando a liberdade de expressão. Tudo a demonstrar a preocupação do constituinte com referida liberdade, a qual é frequentemente referenciada com a famosa frase: “eu desaprovo o que dizes, mas defenderei até a morte seu direito de dizê-lo”, equivocadamente atribuída a Voltaire¹.

Nesse contexto, é natural o receio que surge diante do proclamado direito ao esquecimento. Será que não estaria nascendo uma nova forma de censura? Não seria uma afronta ao direito à memória de toda a sociedade? O direito individual de um agente delitivo não deveria ceder em prol de um interesse coletivo, uma vez que os delitos em sua maioria se revestem de interesse público?

Esses questionamentos não de ser elaborados, notadamente, diante do caso em concreto. A ponderação entre o direito ao esquecimento e a liberdade de informação tem sido apontada como a solução para a temática, que tem sido objeto de cuidado na doutrina e jurisprudência internacional (destaques para os casos *Lebach* e *Melvin vs. Reid*) e mais recentemente nos estudos e julgados pátrios (destaques para os casos *Aída Curi* - REsp 1.335.153-RJ e *Chacina da Candelária* — REsp 1.334.097-RJ).

Desse modo, embora a casuística seja salutar na análise do direito que deve preponderar, propõe-se, de forma despretensiosa, a adoção de critérios mínimos objetivos a serem adotados como parâmetros de utilização ou não do direito ao esquecimento pelos agentes delitivos.

1 A famosa frase “*I disapprove of what you say, but I will defend to the death your right to say it*” é de autoria da escritora Evelyn Beatrice Hall, biógrafa de Voltaire, que tinha como pseudônimo S.G. Tallentyre. Tal frase foi por ela cunhada na obra intitulada “Os amigos de Voltaire”. O equívoco foi solucionado no texto de Burdette Kinne. In: KINNE, Burdette. *Voltaire never said it!. Modern language notes*, v. 58, n. 7, nov. 1943.

2. CONCEITO, HISTÓRIA E JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA ACERCA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

O denominado direito ao esquecimento, em países de Língua Inglesa é tratado como *right to be forgotten* ou *right to be let alone*. Na Espanha é *derecho al olvido*, na Itália, *diritto all'oblio* e na França, *droit à l'oubli*.

A Comissão Europeia traz o direito ao esquecimento como “direito dos indivíduos terem seus dados não processados e excluídos quando eles não forem mais necessários para fins legítimos”². Note-se que a abordagem é trazida sob a perspectiva da internet, objeto de decisão da Corte de Justiça da União Europeia, que em 13.05.2014, de forma inovadora, reconheceu o direito ao esquecimento na rede.

Há um certo ar de ingenuidade ao falar em esquecimento na internet. Essa ferramenta parece desconhecer limites e passa a impressão de memória inesgotável, pois, no momento em que um dado cai na rede, ganha vida própria. Ainda que o Google ou outros buscadores tenham que obedecer a normas de proteção de dados, tal medida parece ser insuficiente nesse mundo virtual. Assim, Danilo Doneda adverte:

Ganha peso a imagem do computador como cão de guarda da sociedade da informação, que não esquece jamais. Vance Packard, ciente desta situação, alertou para seus efeitos ainda em 1966:

Hoje, com episódios de nosso passado sendo cada vez mais armazenados em arquivos e computadores a possibilidade de ‘começar de novo’ está se tornando sempre mais difícil. A noção cristã de redenção é incompreensível para o computador³

Paul Bernal diz que a ideia do direito ao esquecimento tem suas origens no conceito legal francês e italiano, que o descreve como direito ao silêncio sobre os acontecimentos passados na vida que já não mais estão ocorrendo, como nos crimes em que as pessoas foram absolvidas. O referido direito surgiu da combinação entre a legislação e a jurisprudência, desde o final dos anos 1970. Nesse viés, o direito ao esquecimento está mais suscetível a ser visto como uma restrição da liberdade de expressão, na medida em que controla o que pode e o que não pode ser dito de modo particular, embora referentes a fatos e acontecimentos legítimos. Para Bernal a ‘versão online’ do direito ao esquecimento trazida pela Comissão Europeia não funciona com esta ideia ‘dramática’ de apagar eventos passados, mas sim com a ideia de supressão de dados que não são mais necessários⁴.

Com efeito, seria realmente complicado aplicar à lógica fluida da internet uma conceituação pensada e desenvolvida para a realidade de publicações na mídia televisiva - radiodifusão, pois “no universo da internet o direito ao esquecimento ganha contornos ainda mais difíceis, na medida em que a superexposição pode obstar, de algum modo, o direito ao esquecimento”⁵.

Francois Ost, filósofo e jurista belga, em sua obra “O Tempo do Direito” diz:

O direito ao esquecimento, consagrado pela jurisprudência, surge mais claramente como uma das múltiplas facetas do direito ao respeito da vida privada. Quando, personagem pública ou não, fomos empurrados para a boca de cena e colocados sob os projetores da actualidade – muitas vezes, é preciso dizê-lo, uma actualidade penal –, temos o direito, depois de um certo tempo, de sermos deixados em paz e cair no esquecimento e no anonimato de onde nunca gostaríamos de ter saído. Numa decisão de 20 de Abril de 1983, *Mme. M. c. Filipachi Cogedipresse*, o Tribunal de Grande Instância de Paris consagrou este direito em termos muito claros: “Tendo em conta que qualquer pessoa que se viu envolvida em acontecimentos públicos pode, com o tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; que a recordação desses acontecimentos e do papel que ela desempenhou nisso é ilegítima se não se fundar nas necessidades da história ou se puder ser de natureza a ferir sua sensibilidade; tendo em conta que o direito ao esquecimento que se impõe a todos, incluindo aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, incluindo os condenados que pagaram sua dívida à sociedade e nela tentam reinserir-se”⁶.

2 EC. Communication to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. COM, v. 609, p. 8, 2010.

3 DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 178.

4 BERNAL, Paul Alexander. *A Right to Delete? European Journal of Law and Technology*. Belfast - Reino Unido, v. 2, n. 2, 2011.

5 FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 12. ed. Salvador: Juspodvm, 2014. v. 1. p. 189.

6 OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Porto Alegre: Instituto Piaget, 1999. p. 170-171.

A jurisprudência no direito comparado tem contribuído para a construção teórica e delineamento do direito ao esquecimento. Há casos que se destacam acerca do tema, como Melvin vs. Reid e o caso *Lebach*.

Um dos primeiros casos em que se pode perceber traços do direito ao esquecimento é o Melvin vs. Reid. Nos Estados Unidos, em 1919, Gabrielle Darley, prostituta, é acusada e absolvida da prática de homicídio. Ela refaz sua vida, abandona a prostituição, casa-se com Melvin e tem filhos. Nessa nova fase as pessoas do seu círculo social desconhecem o seu passado, mas, em 1925, Doroty Davenport Reid produziu o filme *Red Kimono*, que retratava com precisão a vida pregressa de Gabrielle, inclusive identificando-a com seu nome verdadeiro. Em razão disso, Melvin buscou a reparação pela violação à vida privada de sua esposa e de sua família e, em 1931, o Tribunal de Apelação da Califórnia julgou procedente o pedido ao argumento de que uma pessoa que vive uma vida de retidão, independentemente de seu passado, tem o direito à felicidade, no qual se inclui estar livre de desnecessários ataques a seu caráter, posição social ou reputação.⁷

Já o famoso caso *Lebach* leva o nome do lugarejo localizado na República Federal da Alemanha, onde em 1969 ocorreu um latrocínio, que chamou muita atenção da opinião pública, tendo ampla cobertura da imprensa e da televisão. O latrocínio ficou conhecido como “o assassinato de soldados de *Lebach*”. Na oportunidade, quatro soldados foram mortos e um ficou gravemente ferido em virtude da ação dos agentes delitivos, que subtraíram armas e munições do depósito, onde esses soldados faziam a guarda. Em 1970, dois acusados foram condenados à prisão perpetua e outro a seis anos de reclusão por ter auxiliado na preparação da ação criminosa. Atenta a repercussão do caso a ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen* – segundo canal alemão) produziu um documentário, o qual retrataria o crime mediante dramatização por atores, e seriam apresentados fotos e nomes reais de todos os condenados, inclusive as possíveis ligações homossexuais que existiam entre eles. O documentário seria apresentado em uma noite de sexta-feira, dias antes do terceiro condenado deixar a prisão após o cumprimento da pena. Ele pleiteou uma medida liminar para impedir que o programa fosse exibido e o Tribunal Estadual de Mainz e o Tribunal Estadual de Koblenz julgaram improcedente o pedido. Em contrapartida, o Tribunal Constitucional Federal alemão (TCF) julgou procedente a reclamação constitucional por vislumbrar uma violação ao direito de desenvolvimento da personalidade. Assim, proibiu a exibição do documentário até a decisão final da ação principal pelos tribunais ordinários competentes. Segue trecho da ementa do acórdão do Caso *Lebach*:

2. As normas dos §§ 22, 23 da Lei da Propriedade Intelectual-Artística (*Kunsturhebergesetz*) oferecem espaço suficiente para uma ponderação de interesses que leve em consideração a eficácia horizontal (*Ausstrahlungswirkung*) da liberdade de radiodifusão segundo o Art. 5 I 2 GG, de um lado, e a proteção à personalidade segundo o Art. 2 I c. c. Art. 5 I 2 GG, do outro. **Aqui não se pode outorgar a nenhum dos dois valores constitucionais, em princípio, a prevalência [absoluta] sobre o outro. No caso particular, a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade deve ser ponderada com o interesse de informação da população.**

3. Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: Segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex. na forma de um documentário. **Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (re-socialização).** [...] (sem grifo no original).⁸

7 DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: RT, 1980. p. 92. Informações extraídas também do texto *consideraciones entorno al derecho al olvido* de Ruth Benito Martín. Disponível em: <http://oioprodat.com/2014/07/29/consideraciones-entorno-al-derecho-al-olvido/>. Acesso em: 20/09/2014.

8 SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*. Uruguai: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 486-492.

A jurisprudência pátria também teve a oportunidade de dar sua contribuição ao tema em dois grandes julgados, conhecidos como o caso Aída Curi e o caso chacina da Candelária, ambos de relatoria do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão.

No primeiro caso, os irmãos de Aída Curi, estuprada e morta em 1958 por um grupo de jovens, postulavam uma indenização por danos morais, materiais e à imagem, em virtude da exibição de um episódio do programa Linha Direta Justiça sobre a história do crime. Programa que foi ao ar após mais de cinquenta anos do ocorrido, com o uso da imagem real da vítima ensanguentada. Após a ponderação de valores, foi negado o pedido, porque foi considerado o valor histórico dos fatos. Com efeito, o direito ao esquecimento, aplicável tanto a ofensores quanto ofendidos, não alcançaria o caso em comento “*em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi.*” (REsp 1.335.153-RJ)

O caso conhecido como ‘chacina da Candelária’ revela-se mais importante para o presente estudo, pois aborda, exatamente, o direito ao esquecimento aplicável aos supostos (pois no caso trata-se de pessoa absoluta) agentes delitivos. A quarta turma do STJ reconheceu o direito ao esquecimento ao homem inocentado da acusação de envolvimento na chacina da Candelária, sequência de homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993, no Rio de Janeiro. Ele havia sido retratado pelo programa Linha Direta anos depois de absolvido de todas as acusações. Segundo o Ministro Luis Felipe Salomão, embora a chacina da Candelária tenha se transformado em fato histórico, expôndo “as chagas do país ao mundo”, a “fatídica história poderia ter sido contada de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional”. Segue a íntegra da ementa do caso:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO.

1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.
2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu **direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado.**
3. No caso, o julgamento restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações.
4. Um dos danos colaterais da “modernidade líquida” tem sido a progressiva eliminação da “divisão,

antes sacrossanta, entre as esferas do ‘privado’ e do ‘público’ no que se refere à vida humana”, de modo que, na atual sociedade da hiperinformação, parecem evidentes os “riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira” (BAUMAN, Zygmunt. Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, pp. 111-113). Diante dessas preocupantes constatações, o momento é de novas e necessárias reflexões, das quais podem mesmo advir novos direitos ou novas perspectivas sobre velhos direitos revisitados.

5. Há um estreito e indissolúvel vínculo entre a liberdade de imprensa e todo e qualquer Estado de Direito que pretenda se autoafirmar como Democrático. Uma imprensa livre galvaniza contínua e diariamente os pilares da democracia, que, em boa verdade, é projeto para sempre inacabado e que nunca atingirá um ápice de otimização a partir do qual nada se terá a agregar. Esse processo interminável, do qual não se pode descurar — nem o povo, nem as instituições democráticas —, encontra na imprensa livre um vital combustível para sua sobrevivência, e bem por isso que a mínima cogitação em torno de alguma limitação da imprensa traz naturalmente consigo reminiscências de um passado sombrio de descontinuidade democrática.

6. Não obstante o cenário de perseguição e tolhimento pelo qual passou a imprensa brasileira em décadas pretéritas, e a par de sua inegável virtude histórica, a mídia do século XXI deve fincar a legitimação de sua liberdade em valores atuais, próprios e decorrentes diretamente da importância e nobreza da atividade. Os antigos fantasmas da liberdade de imprensa, embora deles não se possa esquecer jamais, atualmente, não autorizam a atuação informativa desprendida de regras e princípios a todos impostos.

7. Assim, a liberdade de imprensa há de ser analisada a partir de dois paradigmas jurídicos bem distantes um do outro. O primeiro, de completo menosprezo tanto da dignidade da pessoa humana quanto da liberdade de imprensa; e o segundo, o atual, de dupla tutela constitucional de ambos os valores.

8. Nesse passo, a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 1988, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto. Essa constatação se mostra consentânea com o fato de que, a despeito de a informação livre de censura ter sido inserida no seletivo grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua vocação antropocêntrica no momento em que gravou, já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como - mais que um direito - um fundamento da República, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos posteriormente reconhecidos. Exegese dos arts. 11, 20 e 21 do Código Civil de 2002. Aplicação da filosofia kantiana, base da teoria da dignidade da pessoa humana, segundo a qual o ser humano tem um valor em si que supera o das “coisas humanas”.

9. Não há dúvida de que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar, para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época. Todavia, a historicidade da notícia jornalística, em se tratando de jornalismo policial, há de ser vista com cautela. 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”.

10. É que a historicidade de determinados crimes por vezes é edificada à custa de vários desvios de legalidade, por isso não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo - a pretexto da historicidade do fato - pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado. Por isso, nesses casos, o reconhecimento do “direito ao esquecimento” pode significar um corretivo - tardio, mas possível - das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia.

11. É evidente o legítimo interesse público em que seja dada publicidade da resposta estatal ao fenômeno

criminal. Não obstante, é imperioso também ressaltar que o interesse público - além de ser conceito de significação fluida - não coincide com o interesse do público, que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, procesamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada.

12. Assim como é acolhido no direito estrangeiro, é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com base não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional. A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar. Precedentes de direito comparado.

13. Nesse passo, o Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por institutos bem conhecidos de todos: prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, prazo máximo para que o nome de inadimplentes figure em cadastros restritivos de crédito, reabilitação penal e o direito ao sigilo quanto à folha de antecedentes daqueles que já cumpriram pena (art. 93 do Código Penal, art. 748 do Código de Processo Penal e art. 202 da Lei de Execuções Penais). Doutrina e precedentes.

14. Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da folha de antecedentes, assim também a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos.

15. Ao crime, por si só, subjaz um natural interesse público, caso contrário nem seria crime, e eventuais violações de direito resolver-se-iam nos domínios da responsabilidade civil. E esse interesse público, que é, em alguma medida, satisfeito pela publicidade do processo penal, finca raízes essencialmente na fiscalização social da resposta estatal que será dada ao fato. Se é assim, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente. E é nesse interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Após essa vida útil da informação seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias humanas.

16. Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução 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. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

17. Ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos — historicidade essa que deve ser analisada em concreto —, cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo, desde que a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável.

18. No caso concreto, a despeito de a chacina da Candelária ter se tornado - com muita razão - um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito.

19. Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem se mostrou fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado.

No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida “vergonha” nacional à parte.

20. Condenação mantida em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por não se mostrar exorbitante.

21. Recurso especial não provido.

(REsp 1334097/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013) (sem grifo no original)

Mister destacar, ainda, que a tese do direito ao esquecimento tem ganhado força na doutrina brasileira, tendo sido aprovado, recentemente, o Enunciado n. 531 na VI Jornada de Direito Civil. *In verbis*:

ENUNCIADO 531 — A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil.

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

3. O DIREITO À IMAGEM DO AGENTE DELITIVO

O jurista Carlos Ayres Britto, traz valorosa contribuição acerca dos significados das palavras, que não devem ser ‘sinonimizadas’, sob pena de terem suas funcionalidades empobrecidas, sobretudo, em matéria de direitos individuais, porque o alcance da proteção da pessoa seria reduzido. Leciona, ainda, que a Constituição Federal fala em intimidade, vida privada, honra e imagem, portanto, são quatro bens a serem protegidos. Didaticamente é feita a distinção entre intimidade, que se daria sob a fórmula “você consigo mesmo”, por exemplo, “você ao escrever o seu diário”; a vida privada é “você com os seus” (íntimos, parentes, amigos), por exemplo, uma troca de e-mail. Nesse contexto, adverte que o direito ao esquecimento não teria relação com a intimidade e a vida privada, mas seria um direito social genérico — vida social genérica, que se daria sob a fórmula “você com o todo social”⁹.

Parece que o conteúdo do denominado direito social genérico é o mesmo que os civilistas tratam como ‘imagem-atributo’, conceituada como o “conjunto de caracteres ou qualidades cultivadas pela pessoa, reconhecidos socialmente”,¹⁰ ou seja, as características do indivíduo apresentada perante o meio social. Distingue-se conceitualmente a imagem-atributo da imagem-retrato, caracterizada pelos elementos visíveis, caracteres físicos, que individualizam a pessoa. Ambas são objetos de tutela na Constituição Federal, que aborda o direito à imagem como direito fundamental nos incs. V, X e XXVIII do art. 5º da Constituição Federal.

Adstrito à precisão terminológica, uma primeira análise leva ao reconhecimento de que o direito ao esquecimento estaria intrinsecamente ligado à colisão entre o direito à imagem e as liberdades de expressão e de informação.

Ocorre que, após um olhar mais detido sobre a matéria, é possível compreender que a questão é mais profunda. A pessoa é um ser complexo e diante dessa complexidade fica difícil cindir partes da personalidade, de modo que uma ofensa à imagem, às vezes, poderá refletir também ofensas à vida privada (por exemplo, gerar problemas familiares), à intimidade (por exemplo, acarretar uma depressão) e à honra.

9 Anotações de aula do 2º semestre de 2014, ministrada pelo Prof. Dr. Carlos Ayres Britto na matéria Teoria e Realidade dos Direitos Fundamentais no programa de mestrado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

10 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Teoria geral do direito Civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1. p. 126.

Destaca-se que o Código Civil de 2002 aborda o direito à imagem em seu artigo 20, que, interpretado literalmente, leva à conclusão de que atividade econômica dos meios de comunicação somente seria possível em duas hipóteses excepcionais, quais sejam, quando houvesse expressa autorização do titular ou quando a exibição fosse necessária à manutenção da ordem pública ou administração da justiça¹¹.

Luis Roberto Barroso critica o dispositivo supracitado ao argumento de que as liberdades de expressão e informação são por ele esvaziada, razão pela qual, para que não seja considerado inconstitucional seu emprego só será admitido quando seja possível afastar, por motivo grave e insuperável a presunção constitucional do interesse público que sempre acompanha as liberdades de informação e de expressão, especialmente quando atribuída aos meios de comunicação¹².

4. LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

As liberdades de expressão e de informação são consideradas o termômetro do regime democrático¹³. Com efeito, “a liberdade de expressão é elemento fundante da democracia e da república ao integrar a plenitude da cidadania e da dignidade da pessoa humana”.¹⁴

No Brasil, é muito forte a preocupação em resguardar tais liberdades em virtude do passado recente de forte censura à liberdade de imprensa durante o regime militar ditatorial.

O conceito e a distinção de liberdade de expressão e informação são bem delineados por Edilson Pereira de Farias:

A liberdade de expressão e informação hodiernamente é entendida como um direito subjetivo fundamental assegurado a todo cidadão, consistindo na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, idéias e opiniões através da palavra, escrito imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como no direito de comunicar ou receber informação verdadeira, sem impedimentos nem discriminações.

É relevante a distinção entre liberdade de *expressão* e *informação*. O objeto daquela é “*la expresión de pensamientos e ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse tambien las creencias y juicios de valor*”. Esta abarca o direito “*de comunicar y recibir libremente información sobre hechos, o tal vez más restringidamente sobre hechos que puedan considerarse noticiables*”.¹⁵

É inegável o importante papel dos meios de comunicação, notadamente na formação da opinião pública. Desse modo, qualquer mínima demonstração de censura à imprensa é veemente combatida pelos mais diversos setores da sociedade.

A importância dessas liberdades é de tal monta que quando confrontada com outros direitos de mesma estatura “*os tribunais constitucionais têm decidido que, prima facie, a liberdade de expressão e informação goza de prefered position*”¹⁶. Note-se que essa preferência ou precedência ocorre à primeira vista, demandando sempre uma análise mais profunda para a elucidação do caso. Dessa maneira, Robert Alexy, ao analisar as etapas interpretativas da decisão do caso *Lebach*, chegou a revelar que o Tribunal Constitucional alemão após cons-

11 TEPEDINO, Gustavo. *Código civil interpretado*: conforme a constituição da república. São Paulo: Renovar, 2004. p. 52.

12 BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Privado*, v. 18, 2004.

13 CARVALHO. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 1.

14 ADAMS, Luis Inácio Lucena. Liberdade de Expressão e Democracia. Realidade intercambiante e necessidade de aprofundamento da questão. Estudo comparativo. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no Brasil- Adpf 130- E a Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 439-450, 2015. p. 442.

15 FARIAS. Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra a intimidade a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1996. p. 128.

16 FARIAS. Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra a intimidade a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1996. p. 158.

tatar a colisão entre princípios abstratamente no mesmo nível de valores, sustenta uma precedência geral da liberdade de informar “no caso de uma ‘informação atual sobre atos criminosos’. Essa relação de precedência é interessante, porque nela se sustenta apenas uma precedência geral ou básica”¹⁷.

Pode-se asseverar que a referida precedência geral ou básica da liberdade de expressão e de informação é um entendimento melhor elaborado no direito alienígena e que não necessariamente encontra ressonância no direito brasileiro. Ao contrário, a doutrina caminha na perspectiva de que *a priori* não há prevalência de um princípio constitucional sobre outro, prestigiando a necessidade de análise das possíveis colidências no caso concreto. Luis Roberto Barroso destaca a necessidade desta aferição nos seguintes termos:

[...] a liberdade de expressão frequentemente interfere com o direito de privacidade. Como todos os princípios têm o mesmo valor jurídico, o mesmo status hierárquico, a prevalência de um sobre o outro não pode ser determinada em abstrato; somente à luz dos elementos do caso concreto será possível atribuir maior importância a um do que a outro”¹⁸.

Uma alternativa que surge de aplicação da doutrina das liberdades preferidas (*preferred rights*), tal como concebida na jurisprudência estadunidense, à realidade jurídica brasileira é apontada em estudo recente, o qual salienta que a posição de preferência do direito à informação sobre o direito ao esquecimento somente deverá ocorrer quando as informações forem divulgadas segundo uma perspectiva realmente cívica, cidadã. *In verbis*:

Como requisitos para sua preferência, arrola-se a veracidade das informações, o manejo zeloso desses dados, a relevância histórica, científica e social que reclama um resgate de fatos delicados do passado, a preservação do nome dos envolvidos e o respeito à dignidade humana. Preenchidos tais padrões, há de se falar, sim, numa necessária preferência do direito à informação. Somente assim, há de se reportar sem recortar direitos, há de se informar sem deformar dignidades”¹⁹.

5. A PONDERAÇÃO: IMAGEM, INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA X LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO

É inegável que os direitos colidentes (imagem, intimidade, vida privada, honra x liberdades de expressão e de informação) são constitucionais, fundamentais e de alta carga valorativa. Tais características evidenciam a responsabilidade que recai sobre o intérprete que irá solucionar a colidência.

Assim, os direitos da personalidade à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem constituem limites externos da liberdade de expressão e informação. Entretanto, como esses direitos não estão apenas consagrados pela Constituição Federal como limites daquela liberdade (art. 220, § 1º), mas estão tutelados também como direitos fundamentais em si mesmo (art. 5º, X), quando esses direitos entram em fricção com a liberdade de expressão e informação, estamos perante a colisão entre próprios direitos fundamentais, cuja solução do confronto, se revela um dos problemas nucleares a desafiar a hodierna dogmática sobre os direitos fundamentais²⁰.

Alexy adverte que “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização”. Destaca, ainda, que o “âmbito das

17 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 101.

18 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. fl.231

19 ROCHA, Maria Vital da; CUNHA, Isaac Rodrigues; OLIVEIRA, Karín de Fátima Rodrigues. Esquecimento, internet e “preferência” da informação: possibilidades de aplicação da doutrina dos preferred rights da jurisprudência norte-americana ao caso brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

20 FARIAS. Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra a intimidade a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1996. p. 136-137.

possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes²¹.

Observa-se que, ao contrário das regras que têm seus conflitos na dimensão da validade, a colisão de princípios ocorre na dimensão do peso. Diante de uma colisão entre princípios, a solução dar-se-á pelo sopesamento, balanceamento ou ponderação dos valores envolvidos no caso concreto. Note-se que o próprio Alexy traz como exemplo de solução de colisão entre princípios o sopesamento realizado na decisão do caso *Lebach*.²²

Com efeito, o TCF, ao julgar o caso *Lebach*, destacou que na colisão entre a liberdade de radiodifusão e da apresentação da imagem do réu, reforçada como garantia constitucional de proteção à personalidade, deve-se partir do pressuposto que ambos os valores constitucionais são essenciais à ordem democrática livre, de modo que nenhum deles pode pretender prevalência absoluta. Também acrescentou, que, se possível, os valores devem ser harmonizados. Se isso não ocorrer, a decisão deverá considerar a configuração típica e as circunstâncias especiais do caso particular para definir qual dos dois interesses deve ser preterido. Ressaltou, ainda, que “ambos os valores constitucionais devem ser vistos, em sua relação com a **dignidade humana como centro do sistema axiológico da Constituição**”. E continua:

Certamente, podem decorrer da liberdade da radiodifusão efeitos limitadores para as pretensões jurídicas derivadas do direito [fundamental] da personalidade; porém, o dano causado à personalidade por uma apresentação pública não pode ser desproporcional ao significado da divulgação para a comunicação livre (cf. Adolf Arndt, op. cit.). Além disso, desse valor de referência decorre que a ponderação necessária por um lado deve considerar a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade por um programa de tipo questionável e, por outro lado, está o interesse concreto cuja satisfação o programa serve e é adequado a servir, para avaliar e examinar se e como esse interesse pode ser satisfeito [de preferência] sem um prejuízo – ou sem um prejuízo tão grande – da proteção à personalidade.²³

A racionalidade e a técnica utilizadas pelo Tribunal Constitucional alemão são aplicáveis de certo modo à sistemática jurídica brasileira. Aliás, são muito semelhantes às adotadas no voto condutor do caso da chacinha da Candelária, *in verbis*:

Vale dizer, o cenário protetivo da atividade informativa que atualmente é extraído diretamente da Constituição converge para a liberdade de “expressão, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (art. 5º, inciso IX), mas também para a inviolabilidade da “intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, inciso X).

Nesse passo, a explícita contensão constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 88, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma **inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana**, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto.

Essa constatação se mostra consentânea, a meu juízo, com o fato de que, a despeito de a informação livre de censura ter sido inserida no seletor grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua vocação antropocêntrica no momento em que gravou, já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como - mais que um direito - um fundamento da República, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos posteriormente reconhecidos.

A cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana garante que o homem seja tratado como sujeito cujo valor supera ao de todas as coisas criadas por ele próprio, como o mercado, a imprensa e até mesmo o Estado, edificando um núcleo intangível de proteção oponível *erga omnes*, circunstância que legítima, em uma ponderação de valores constitucionalmente protegidos, sempre em vista os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, que algum sacrifício possa ser suportado, caso a caso, pelos titulares de outros bens e direitos.

21 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 90.

22 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 94-95.

23 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 85-179.

Cumpra ressaltar que, no decorrer do voto, o Ministro Luis Felipe Salomão apresentou argumentos dos quais é possível extrair critérios para embasar decisões que envolvam o direito ao esquecimento.

O primeiro ponto a ser observado é o tempo em que os fatos ocorreram, pois, por óbvio, o direito ao esquecimento pressupõe o transcurso de substancial lapso temporal desde a data dos acontecimentos. Com efeito, a liberdade de expressão deve ser a mais ampla possível na abordagem de crimes atuais.

Outro ponto relevante é a historicidade, uma vez que há crimes que “constituem um recorte, um retrato de determinado momento e revelam as características de um povo na época retratada”²⁴, por exemplo os crimes cometidos na ditadura militar e durante o nazismo. Negar a divulgação de tais crimes seria uma afronta ao direito à memória de toda a sociedade e à verdade histórica.

Contudo, reconhecido o valor histórico de um crime, como é o caso da própria chacina da Candelária, ainda assim haverá outro filtro a ser feito, qual seja, a possibilidade de a imprensa contar a história de forma fidedigna sem necessariamente trazer à tona a pessoa do réu, resguardando seus direitos da personalidade. Caso seja possível, esta solução é a que deve prevalecer.

Também deverá ser observado se o fato delituoso é de interesse público, o que “não coincide com o interesse do público, que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praxeamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada”.²⁵

6. SUGESTÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS A SEREM ADOTADOS COMO PARÂMETROS DE UTILIZAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO PELOS AGENTES DELITIVOS

A análise do caso em concreto, com as suas peculiaridades, observados os parâmetros já abordados (atualidade, historicidade, imprescindibilidade da pessoa do réu, interesse público), é extremamente valorosa e imprescindível. Por isso, é necessário destacar que a propositura de critérios objetivos não tem o condão de limitar a discricionariedade e a racionalidade das decisões judiciais, proporcionando o engessamento da matéria. Ao contrário, visa agregar outros parâmetros aos já mencionados a fim de facilitar o deslinde de demandas que envolvam o direito a ser esquecido.

Os critérios objetivos a serem observados já se encontram no nosso ordenamento pátrio e em certa medida já foram até indicados no voto do Ministro Luis Felipe Salomão. Com efeito, o Ministro destacou que o “Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por institutos bem conhecidos de todos: prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada”.

A lógica a ser aplicada, portanto, é relativamente simples, pois não deverá ser rememorado pelo direito aquilo que ele próprio já ‘esqueceu’. Em outras palavras, se alguém foi absolvido, reabilitado ou foi reconhecida a prescrição em seu favor²⁶, em tese, o Judiciário não mais se ocupará da vida dessa pessoa pelo fato delituoso que respondeu, assim parece ser razoável que ela possa ser ‘esquecida’.

O art. 202 da LEP disciplina:

Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por

24 REsp 1334097/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª turma, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013.

25 REsp 1334097/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª turma, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013.

26 Importante destacar que a absolvição, reabilitação e o reconhecimento da prescrição no presente contexto abordado estariam inseridos na vertente “direito à reabilitação” dentro do direito ao esquecimento. Este, enquanto terminologia, é tido por Voss e Castets-Renard como uma espécie de termo “guarda-chuva”, guardando mais de um significado, quais sejam, direito à reabilitação, direito ao apagamento, direito à desindexação, direito à obscuridade e direito ao esquecimento digital. Acerca do tema conferir: ACIOLI, Bruno de Lima; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. Uma agenda para o direito ao esquecimento no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

Outro parâmetro é o prazo de dois anos a contar da data do cumprimento ou extinção da pena, que é o tempo exigido para que o condenado postule a reabilitação, que “é a declaração judicial de que estão cumpridas ou extintas as penas impostas ao sentenciado, assegurando o sigilo dos registros sobre o processo e atingindo outros efeitos da condenação”²⁷. Note-se que o instituto da reabilitação está disciplinado no nosso ordenamento jurídico nos arts. 93 a 95 do CP; nos arts. 743 a 750 do CPP; nos artigos 134 e 135 do CPM; e, nos arts. 651 a 658 do CPPM.

Cumpre esclarecer que há divergência doutrinária se a disciplina da reabilitação estaria em desuso por conta do art. 202 da LEP, que assegura o sigilo logo após o cumprimento ou extinção da pena independentemente de pedido. A obra de Julio Fabbrini Mirabete traz o entendimento que não, vejamos:

O disposto no artigo 202 da Lei de Execução Penal não substitui, porém, o instituto da reabilitação. Em primeiro lugar, o sigilo não é tão amplo como o decorrente da reabilitação, já que não prevalece quando se trata de instruir processo pela prática de nova infração penal ou em outros casos expressos em lei. Isso significa que qualquer autoridade pública ou particular pode obter o registro da condenação, ainda que cumprida ou extinta a pena, nessas hipóteses, enquanto, tendo ocorrido a reabilitação, só se excetua o sigilo quando a folha de antecedentes, ou a certidão, ou o atestado for requisitado por ‘juiz criminal’ (art. 748, do CPP). Em segundo lugar, somente a reabilitação exclui, salvo hipótese da revogação, os efeitos da condenação previstos no artigo 92 do Código Penal.²⁸

Observa-se que as hipóteses supracitadas abarcam os casos de réus condenados. Nas hipóteses de réus que ainda não foram condenados, um critério que poderá ser utilizado é o prazo da prescrição em abstrato dos crimes pelos quais respondem. Os prazos estão previstos no art. 109 do CP e 125 do CPM:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

- I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;
- II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;
- III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;
- IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;
- V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;
- VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano

Prescrição das penas restritivas de direito

Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade

Com efeito, a prescrição é “direito a um esquecimento programado”²⁹, que pelo decurso de tempo, na esfera penal, se dá com “o desaparecimento do interesse estatal na repressão do crime”³⁰.

Cabe ressaltar, que aos absolvidos, o argumento a ser utilizado é *a fortiori*, conforme delineado pelo Ministro Luis Felipe Salomão:

Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da folha de antecedentes, assim também a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos.

27 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. *Código Penal Interpretado*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 545.

28 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1992. p. 466.

29 OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Porto Alegre: Instituto Piaget, 1999. p. 170-171.

30 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. *Código Penal Interpretado*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 639.

É indiscutível que o estabelecimento e adoção de critérios fará com que o direito ao esquecimento ganhe contornos mais precisos e “uma implementação adequada do ‘direito a ser esquecido’ vai certamente contribuir para uma mudança no equilíbrio do poder, em benefício de todos e de cada um na sociedade da informação.”³¹

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atual sociedade da informação há uma superexposição da imagem, razão pela qual o debate sobre o direito ao esquecimento ganhou relevo. Originalmente ele foi pensado sob a ótica da radiodifusão, mas hoje até Organismos Internacionais se vêem compelidos a discutí-lo sob o enfoque da internet, onde está associado mais à ideia de supressão de dados que não são mais necessários.

A jurisprudência no direito comparado exerceu papel importante na conceituação do direito ao esquecimento, delineando o cuidado de não se perenizar notícias do passado de uma pessoa, notadamente quando as informações já não condizem com a sua realidade. Daí a ideia de esquecimento, de esquecer o passado e seguir em frente, de recomeço.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de manifestar-se acerca da temática do presente trabalho no caso conhecido como chacina da Candelária. Nesse emblemático caso sinalizou-se o prestígio à dignidade da pessoa humana, por conseguinte, aos seus direitos da personalidade, ao julgar procedente o pedido do autor a “não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado”.

Diante da complexidade da pessoa humana, uma afronta à sua imagem, às vezes, refletirá ofensas à sua vida privada, à sua honra e à sua intimidade. Tais direitos, nos casos que debatem a questão do ‘esquecimento’, são os que aparentemente colidem com as liberdades de expressão e de informação. Estas também são objetos de especial tutela na Constituição Federal de 1988 e são reconhecidas como o “termômetro do regime democrático.”

Os direitos colidentes (imagem, intimidade, vida privada, honra X liberdades de expressão e de informação) são constitucionais, fundamentais e de alta carga valorativa. Devem, portanto, ser analisados no caso concreto e a solução dar-se-á por meio da técnica de sopesamento/ponderação.

É possível destacar alguns critérios a serem utilizados nas decisões judiciais: i) **temporal**, pois o reconhecimento do direito ao esquecimento, por óbvio, pressupõe que os fatos tenham ocorrido no passado e, portanto, já tenha transcorrido substancial lapso de tempo desde o seu acontecimento; ii) **historicidade**, uma vez que negar a divulgação de crimes históricos seria uma afronta ao direito à memória de toda a sociedade e à verdade histórica; iii) **imprescindibilidade do sujeito**, pois, ainda que o crime seja histórico, se for possível para imprensa contar a história de forma fidedigna sem necessariamente trazer à tona a pessoa do condenado, esta deverá ser a solução adotada; iv) **interesse público**, a notícia deverá ser de interesse público, o que não poderá ser confundido com interesse **do** público.

Ao lado desses parâmetros, analisados no caso em concreto, propõe-se também a observância de critérios objetivos, os quais não devem ser vistos como limites à discricionariedade e à racionalidade das decisões judiciais. Ao contrário, serão agregadores aos demais parâmetros e facilitadores no deslinde de contendas que envolvam o direito a ser esquecido, quando postulado por agentes delitivos.

Os referidos critérios objetivos partem da premissa que se alguém foi absolvido, reabilitado ou foi reconhecida a prescrição em seu favor, em tese, o Judiciário não mais se ocupará da vida dessa pessoa pelo fato

31 AUSLOOS, Jef. *The ‘right to be forgotten’ – worth remembering?. Computer law & security review*, v. 28, p. 143-152, Apr. 2012.

delituoso que respondeu. Assim, parece ser razoável que elas possam ser ‘esquecidas’ também nos meios de comunicação.

Desse modo, poderão ser considerados em favor dos réus condenados, que pretendam ser ‘esquecidos’, os prazos do art. 202 da LEP e da reabilitação (arts. 93 a 95 do CP; nos arts. 743 a 750 do CPP; nos artigos 134 e 135 do CPM; e, nos arts. 651 a 658 do CPPM); aos réus não condenados, o prazo da prescrição em abstrato dos crimes pelos quais respondem (art. 109 do CP e art.125 do CPM).

No que se refere aos absolvidos, a fundamentação é *a fortiori*, pois se até os condenados são agraciados com direito ao esquecimento, com maior razão o absolvido também deverá ser esquecido.

Note-se que esses prazos são dados que poderão ser utilizados na análise de casos concretos, sobretudo, como argumento de reforço na aplicação do direito ao esquecimento, pois, *prima facie*, não seria razoável preterir direitos fundados na dignidade da pessoa humana em prol da liberdade de expressão, quando o ordenamento jurídico já demonstra querer ‘esquecer’. Mister reiterar, no entanto, que não são critérios absolutos e que deverão ser analisados juntamente com os outros parâmetros.

Conclui-se que é possível reconhecer o direito a ser esquecido aos agentes delitivos, sem que isso configure uma nova forma de censura à liberdade de imprensa, ofensa ao direito à memória de toda a sociedade ou ao interesse público. Para tanto, deverão ser observados, casuisticamente, quais os critérios melhores se aplicam ao caso e, somente diante da utilização da técnica da ponderação, o julgador poderá decidir qual valor preponderará: as liberdades de expressão/informação ou os direitos à imagem, à intimidade, à vida privada e à honra, corolários da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ACIOLI, Bruno de Lima; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. Uma agenda para o direito ao esquecimento no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

ADAMS, Luís Inácio Lucena. Liberdade de Expressão e Democracia. Realidade intercambiante e necessidade de aprofundamento da questão. Estudo comparativo. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no Brasil- Adpf 130- E a Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 439-450, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2014.

AUSLOOS, Jef. *The ‘right to be forgotten’ – worth remembering?*. *Computer law & security review*, v. 28, p. 143-152, Apr. 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Privado*, v. 18, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BERNAL, Paul Alexander. *A Right to Delete?*. *European Journal of Law and Technology*, Belfast - Reino Unido, v. 2, n. 2, 2011.

CARVALHO. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Teoria geral do direito Civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1

- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: RT, 1980.
- EC. Communication to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. *COM*, v. 609, p. 8, 2010.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 12. ed. Salvador: Juspodvm, 2014. v. 1.
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra a intimidade a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1996.
- KINNE, Burdette. *Voltaire never said it!*. *Modern language notes*, v. 58, n. 7, nov. 1943.
- MARTÍN. Ruth Benito. *Consideraciones entorno al derecho al olvido*. Disponível em: <<http://oioprodat.com/2014/07/29/consideraciones-entorno-al-derecho-al-olvido/>>. Acesso em: 20 set. 2014.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1992.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINI, Renato N. *Código Penal Interpretado*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Porto Alegre: Instituto Piaget, 1999.
- ROCHA, Maria Vital da; CUNHA, Isaac Rodrigues; OLIVEIRA, Karin de Fátima Rodrigues. Esquecimento, internet e “preferência” da informação: possibilidades de aplicação da doutrina dos preferred rights da jurisprudência norte-americana ao caso brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.
- SCHWABE. Jürgen; MARTINS, Leonardo. (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*. Uruguai: Fundación konrad Adenauer Stiftung, 2005.
- TEPEDINO, Gustavo. *Código civil interpretado: conforme a constituição da república*. São Paulo: Renovar, 2004.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Direito ao esquecimento: na sociedade informacional há espaço para o epílogo da máquina de tortura kafkiana?

Right to be forgotten: is there space in the informal society for the epilogue of the kafkanian torture machine?

Alexandre Antonio Bruno da Silva

Marlea Nobre da Costa Maciel

Direito ao esquecimento: na sociedade informacional há espaço para o epílogo da máquina de tortura kafkiana?*

Right to be forgotten: is there space in the informal society for the epilogue of the kaffkian torture machine?

Alexandre Antonio Bruno da Silva**

Marlea Nobre da Costa Maciel***

RESUMO

O presente trabalho trata do direito ao esquecimento na sociedade informacional perpassando sob a ótica dos direitos fundamentais. A informação, na sociedade em rede, surge dos mais diferentes pontos, caracterizando-se pela sua intemporalidade. Ao mesmo tempo que surge, rapidamente, desaparece, tornando-se perene. A informação colocada na internet nunca é verdadeiramente esquecida. Rompe-se com a noção do tempo, prejudicando-se muitas vezes projetos de vida. É preciso saber esquecer, caso contrário, acontecimentos do passado são marcados de forma indelével na vida das pessoas. Seriam essas marcas instrumentalizadas por meio dos motores de busca? São eles a máquina de tortura kafkiana na sociedade informacional? Eles podem e devem ser parados quando estão servindo a esse propósito? Na análise se utiliza como base a pesquisa eminentemente bibliográfica, por meio de livros, artigos publicados em coletâneas e periódicos, decisões judiciais e regulamentações que ilustram a presença do tema no contexto brasileiro e internacional. O tema não se mostra pacificado. Verifica-se a fragilidade e a não uniformidade dos julgados em relação aos aplicativos de busca. Acredita-se que são os motores de busca que, às vezes, fazem o trabalho da máquina de tortura kafkiana. É por meio deles que é desrespeitado o direito ao esquecimento, o que demonstra as implicações sociais e o valor do artigo para a sociedade. Analisam-se as soluções adotadas pelos Estados Unidos e União Europeia. Constata-se a necessidade de regulação, para que sejam evitados abusos e para que se garanta a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento. Kafka. Motor de Busca. Morte Social. Dano Existencial.

ABSTRACT

This paper deals with the right to be forgotten in the information society permeating from the point of view of fundamental rights. Information, in the network society, comes from the most different points, characterized by its timeless time. At the same time it emerges, it is quickly fades away, be-

* Recebido em 30/10/2017
Aprovado em 09/12/2017

** Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFC. Mestre em Informática pela PUC-RJ. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Professor Adjunto da Universidade Estadual do Ceará (UECE). Professor Titular da Faculdade Farias Brito (FFB). Auditor-Fiscal do Trabalho. E-mail: alexandre.bruno@terra.com.br

*** Mestranda em Processo e Direito ao Desenvolvimento pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Especialista em Trabalho e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário Christus. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza. Advogada. E-mail: marleanobre@hotmail.com.

coming perennial. Information posted to the Internet is never truly forgotten. It breaks with the notion of time, often harming projects of life. One must know how to forget, otherwise events of the past are marked indelibly in people's lives. Would these brands be instrumentalized through the search engines? Are they the Kafkaesque torture machine in the information society? Can they and should they be stopped when they are serving to this purpose? In the analysis, bibliographic research is used as a basis, through books, articles published in collections and periodicals, judicial decisions and regulations that illustrate the presence of the theme in Brazilian and international context. The theme is not pacified. The fragility and non-uniformity in judgments about search engines are verified. The search engines sometimes do the work of the kafkaesque torture machine. It is through them that the right to be forgotten is disrespected. This demonstrates the social implications and value of the article to society. The solutions adopted by United States and European Union are analyzed. It is necessary to regulate the operation of search engines to avoid abuse and guarantee human dignity.

Keywords: Right to be forgotten. Kafka. Search Engine. Social Death. Existential damage.

1. INTRODUÇÃO

O direito ao esquecimento, tema deste trabalho, ganhou importância no Brasil a partir de um recurso movido pela família de Aída Jacob Curi, contrária à veiculação do caso, mais de 50 (cinquenta) anos após a sua morte. Aída Curi foi assassinada no dia 14 de julho de 1958 e sua triste história terminou por ser tema de um programa de entretenimento televisivo, ao que parece, sem qualquer relevância histórica.¹

A liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento, a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer. Às vezes, a liberdade de informação confronta-se com o direito ao esquecimento que está na pauta do Supremo Tribunal Federal. Debatem-se os limites entre a memória individual e a coletiva. O julgamento² terá repercussão geral e deverá ser seguido pelos tribunais do país.

A fala da Ministra Cármen Lúcia no Fórum Esquecimento *versus* Memória, realizado pela Associação Nacional de Editores de Revistas (Aner) e pelo Instituto Palavra Aberta, em Brasília, dá o norte para o estudo do tema. Segundo ela, a discussão gira em termos da memória individual e coletiva. Qual é o ponto central da dignidade de uma pessoa e da dignidade de um povo?³

A audiência pública, realizada no dia 12 de junho de 2017, reflete bem as posições que podem ser adotadas durante o julgamento. O Ministro Relator do caso, Dias Toffoli, explicou que a família de Aída Curi argumenta que sofreu verdadeiro massacre por parte da imprensa, na época do crime, e que, após mais de 50 (cinquenta) anos, foram novamente submetidos às imagens impactantes de violência.

Em sua defesa, segundo relato do Ministro, a emissora de televisão esclarece que se limitou a reapresentar os fatos públicos e históricos, e que grande parte do programa foi composto por arquivos da época, além de material constante em livros sobre o caso. Alega que é direito de todos o acesso à história e sustenta que os direitos de imagem não se sobrepõem ao direito coletivo da sociedade em ter acesso à fatos históricos.

1 BAYER, Diego. Na série "Julgamentos Históricos": Aída Curi, o júri que marcou uma época. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/13/na-serie-julgamentos-historicos-aida-curi-o-juri-que-marcou-uma-epoca/>>. Acesso em: 14 out. 2017.

2 BRASIL. Poder Judiciário. Supremo Tribunal federal. *Recurso Extraordinário n. 1010606*. Recorrente: NELSON CURTI E OUTRO(A/S). Recorrido: GLOBO COMUNICACAO E PARTICIPACOES S/A. Relator: MIN. DIAS TOFFOLI. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5091603>>. Acesso em: 20 out. 2017.

3 MARIZ, Renata. *Direito ao esquecimento não pode ferir o coletivo*. Infoglobo/O Globo. Disponível em: <http://aarffsa.com.br/noticiasnovas/noticia_22082017092727.pdf>. Acesso em: 14 out. 2017.

Em nome da Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (Abraji), a advogada Taís Gasparian alega que o direito genérico a ser esquecido não está previsto no sistema jurídico e que não há um “contorno” do que seja o direito ao esquecimento. Ressalta que são possíveis três entendimentos: remoção do conteúdo, proibição da veiculação futura e obrigatoriedade da desindexação. Ressalta que a remoção de arquivos, que seria uma das modalidades de esquecimento, equivaleria à queima de livros.

Taís Gasparian foi além, apresentou, ao Supremo, o resultado do projeto “Ctrl X” da Abraji, que faz um mapeamento das ações judiciais que visam restringir informações. Verifica-se, segundo ela, um crescimento do número de processos judiciais com pedido de remoção de conteúdo, que se dá, sobretudo, por políticos e partidos políticos. Por fim, ressalta que um de seus objetivos é tentar evitar a instrumentalização do Judiciário, que pode ser utilizado para esconder informações relevantes para a sociedade.⁴

O advogado dos familiares de Aída Curi, Roberto Algranti Filho, defendeu que o direito ao esquecimento não cerceia a liberdade de expressão. Acredita que vai servir como referência, não como obstáculo. Ressalta que esse direito não abarca fatos históricos, relevantes à história nacional. Arremata afirmando que “Aída Curi não é Getúlio Vargas”.

Anderson Schreiber, Procurador do Estado do Rio de Janeiro e defensor do direito ao esquecimento, entende que o tema é compreendido de forma equivocada pelos seus críticos. Segundo ele, o assunto teve origem com a reivindicação de ex-presidiários que se opunham ao fato de serem lembrados para sempre da condição de presos. Além disso, cita, como exemplo, o caso de uma transexual incomodada por ser repetidamente citada nos jornais como alguém que “nasceu homem”. Para ele, trata-se do direito de um indivíduo de se proteger contra uma recordação agressiva que esteja atrapalhando o seu desenvolvimento.⁵

Por fim, o advogado Criminalista, Gustavo Mascarenhas Lacerda Pedrina, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, afirma que não é possível “admitir que alguém carregue para sempre um senão acompanhado ao seu nome”. Ressalta que a trajetória da humanidade é envolta em atos criminosos que jamais podem deixar de ser recordados, mas os envolvidos em qualquer crime precisam ver preservada a chance de superar os malfeitos.

A leitura dos diversos e legítimos argumentos apresentados sugere que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) carece de uma profunda reflexão. A ponderação é bem mais complexa do que entre a intimidade e privacidade de um lado e direito à informação do outro.

Vive-se um tempo marcado pela radical mudança no âmbito da comunicação, proporcionada pela revolução tecnológica. A passagem dos meios de comunicação de massa tradicionais para um sistema de redes horizontais, organizadas em torno da internet e da comunicação sem fio, introduziu uma multiplicidade de padrões de comunicação, induzindo uma transformação cultural fundamental. A virtualidade passa a ser uma dimensão essencial da realidade.⁶

Realidade virtual não apenas como um novo meio de comunicação do indivíduo, mas como um novo “mundo online” que repercute no “mundo off-line” de cada um, estabelecendo novos padrões, novos aspectos sociais e novas patologias.⁷ A sociedade em rede, ao mesmo tempo que inclui, exclui em átimos de

4 EM DEBATE no STF, especialistas divergem sobre direito a esquecimento. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/06/1892422-em-debate-no-stf-especialistas-divergem-sobre-direito-a-esquecimento.shtml>>. Acesso em: 14 out. 2017.

5 SCHREIBER, Anderson. *Nossa ordem jurídica não admite proprietários de passado*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-12/anderson-schreiber-nossas-leis-nao-admitem-proprietarios-passado>>. Acesso em 14 out. 2017.

6 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venancio Majer. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016. p. 11.

7 “[...] It is quite plausible to regard the internet not just as a new means of communication of the individual but to talk about a new “online world” that is related to the “offline world” we are familiar with, but creates new patterns, new social rules and, yes, new pathologies[...].” in: LAUDER, Karl-Heinz. New institutions for the protection of privacy and personal dignity in internet communication – “information broker”, “private cyber courts” and network of contracts. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 3, n. 2, p. 282-296. jul./dez. 2013. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2531/pdf_1>. Acesso em: 01 dez. 2017.

segundo os seus membros. A sociedade informacional é bem diferente daquela que existia no tempo das matérias impressas no jornal e veiculadas no rádio e televisão. As redes digitais são bem mais complexas e permitem uma reverberação⁸ de matérias em velocidades insuperáveis.⁹

O mesmo assunto pode se tornar público sem qualquer custo. Textos, imagens e notícias “viralizam” a todo momento. Aplicativos como o Facebook, Instagram e Twitter atendem a um grande número de pessoas que, geralmente, de maneira incansável e, muitas vezes casual, observa, lê e compartilha os mesmos assuntos durante meses (mesmo sem refletir sobre a veracidade do conteúdo ou sobre as consequências deste).¹⁰¹¹

Caído no esquecimento, o assunto pode ser requeitado e voltar às redes como uma grande novidade. O tempo da rede é o tempo intemporal de Manuel Castells. Repete-se a cultura popular russa, em que o tempo era eterno, sem começo e sem fim. Passado e presente são o mesmo. Paralelamente, há uma renitente ignorância em relação aos efeitos que os assuntos veiculados podem ter em relação aos pessoalmente envolvidos.¹²

2. SOBRE O USO E O ABUSO DA HISTÓRIA PARA A VIDA DE UMA PESSOA, CULTURA E SOCIEDADE

Nietzsche, em “Segunda Consideração Intempestiva”, analisa a importância de que sejam traçados os limites para a história. Inicia a sua apresentação considerando a infinita felicidade do rebanho que não tem qualquer noção do que é passado, limitando-se ao seu presente.

Ele não sabe o que é ontem e o que é hoje [...] e assim de manhã até a noite, dia após dia; ligado de maneira fugaz com seu prazer e desprazer à própria estaca do instante, e, por isto, nem melancólico nem enfadado. [...] o homem quer apenas isso, viver como o animal, sem melancolia, sem dor.¹³

O homem informacional desaprendeu a esquecer, tornando-se preso ao seu passado e, ao mesmo tempo, assediado pelo seu futuro. Ao contrário do rebanho, que não sabe o que é ontem e o que é hoje, pois tem, apenas, o presente. O homem informacional está diretamente ligado ao tempo pretérito. Vive o ontem e o hoje como um contínuo, sem divisões claras. Não existem páginas viradas. A facilidade da recuperação das informações do seu passado é infinita. Essa facilidade impacta a representação do “eu” nas relações entre as pessoas. Nesse sentido, Erving Goffman ressalta que:

8 Carmona e Carmona corroborando o que se afirma, apontam que no momento em que um dado cai na rede ele ganha vida própria e parece se tornar uma memória inesgotável. CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; CARMONA, Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli. A aplicação do direito ao esquecimento aos agentes delitivos: uma análise acerca da ponderação entre o direito à imagem e as liberdades de expressão e de informação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

9 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venancio Majer. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

10 Aí, nos parece estar um exemplo da superficialidade das relações modernas que Bauman apresenta em sua *Modernidade Líquida*. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

11 No mesmo sentido, é o descompromisso das relações apontado por Jessica Luana Castro a partir da teoria de Bauman, inclusive relacionando-as com os “likes” como medidor de uma “relação morna ou não”: “Mas até que ponto é possível o aprofundamento (de conhecimento e interação) a partir do que é exposto em rede, quando o que é postado foi fruto de uma escolha de exposição e uma parte ínfima de uma personalidade?! Até que ponto é possível determinar o sujeito por detrás dos posts apresentados?! Por outro lado, até que ponto a nossa fluidez e o imperativo gritante e colossal escrito no outdoor dos inícios das relações da “falta de compromisso” pode ser positivo?! Cada pessoa é uma nova possibilidade, grandiosa e que ao mesmo tempo nada vale porque pode ser excluída a qualquer momento. Existirá um custo emocional a partir dos descartes? Estamos mais interessados em companhia, mas somente quando ela passar por todas as etapas de nossas inseguranças e exigências, até lá mantemos contato sem o peso do relacionar-se. Cria-se limites, demarcações em que se repousa a fatigada e difícil parte de estar junto”. CASTRO, Jessica Luana. *Relações de bolso: Sobre o estado paradoxal de se relacionar diante da fluidez das relações modernas*. TREND. Disponível em: <<https://trendr.com.br/relacoes-de-bolso-320a39aa5cbf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

12 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venancio Majer. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016. p. 513-517.

13 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Segunda consideração intempestiva: da utilidade e desvantagem da história para a vida*. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003. p. 7.

Quando um indivíduo chega à presença de outros, estes, geralmente procuram obter informação a seu respeito ou trazem à baila a que já possuem. Estarão interessados na sua situação socioeconômica geral, no que pensa de si mesmo, na atitude a respeito deles, capacidade, confiança que merece etc. [...] ¹⁴

Informações que, em fração de segundos, podem ser confirmadas ou refutadas, por meio de um simples clique nos aplicativos que se encontram à disposição e servem como um filtro de quem deve permanecer ou ser excluído da rede social.

Nietzsche analisava a importância do sentido histórico que havia invadido a Alemanha de seu tempo. Acreditava ser exacerbada a importância dada ao estudo histórico e defendia que houvesse uma ponderação do valor deste para a vida. No início de suas considerações, repete a frase de Goethe, que afirmava de maneira categórica “De resto, me é odioso tudo o que simplesmente me instrui, sem aumentar ou imediatamente vivificar a minha atividade”. ¹⁵

Por mais longe e rápido que ele corra, a corrente corre junto. É um milagre: o instante em um átimo está aí, em um átimo já passou, antes um nada, depois um nada, retorna entretanto ainda como um fantasma e perturba a tranquilidade de um instante posterior. Incessantemente uma folha se destaca da roldana do tempo, cai e é carregada pelo vento — e, de repente, é trazida de volta para o colo do homem. Então, o homem diz: “eu me lembro”, e inveja o animal que imediatamente esquece e vê todo instante realmente morrer imerso em névoa e noite e extinguir-se para sempre. ¹⁶

O animal vive a-historicamente, não sabe disfarçar, nada esconde e aparece a todo momento plenamente como o que é. Não pode e não sabe ser outra coisa a não ser autêntico. O homem, ao contrário, contrapõe-se ao grande e cada vez maior peso do que passou. Às vezes, o peso do passado o oprime, incomodando-o em seus passos, como um fardo invisível e obscuro. Fardo que ele deseja negar para ter um novo começo, um novo projeto de vida.

A cada ano, mais de 800 mil pessoas tiram a própria vida e um número ainda maior de indivíduos tenta suicídio. [...] O suicídio não ocorre apenas em países de alta renda, sendo um fenômeno em todas as regiões do mundo. De fato, 75% dos suicídios ocorreram em países de baixa e média renda em 2012. Vários suicídios ocorrem de forma impulsiva em momento de crise [...] Além disso, o enfrentamento de conflitos, desastres, violência, abusos ou perdas e um senso de isolamento estão fortemente associados com o comportamento suicida. As taxas de suicídio também são elevadas em grupos vulneráveis que sofrem discriminação, como refugiados e migrantes; indígenas; lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais (LGBTI); e pessoas privadas de liberdade. ¹⁷

Não se pode esperar que apenas a morte traga o ansioso esquecer. Talvez daí o crescente número de suicídios. É óbvio que as possíveis causas para que seja cometido envolvem grande complexidade, impossíveis de tratar neste artigo. Entretanto, a morte física não pode ser vista como a grande cura pós-moderna para os males trazidos pelo fardo do passado e do futuro incerto. Nesse caso, a morte apenas selaria a ideia de que a “existência é apenas um ininterrupto ter sido, uma coisa que vive de se negar e de se consumir, de se autocontradizer”. ¹⁸

Defende-se que é preciso proteger a centelha de vida. O anseio de felicidade, o poder de criação envolto no desejo por uma nova vida, um outro futuro, uma outra história. É ela que mantém o ser vivente, impedindo-o para novas experiências. A todo agir liga-se um esquecer. O que é orgânico diz respeito não apenas

14 GOFFMAN, Erving. *A representação do eu na vida cotidiana*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 13.

15 Essa afirmação encontra-se em uma carta de Goethe a Schiller datada do dia 19 de dezembro de 1798.

16 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Segunda consideração intempestiva*: da utilidade e desvantagem da história para a vida. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003. p. 8.

17 ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. *Grave problema de saúde pública, suicídio é responsável por uma morte a cada 40 segundos no mundo*. Disponível em: <http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5221:grave-problema-de-saude-publica-suicidio-e-responsavel-por-uma-morte-a-cada-40-segundos-no-mundo&Itemid=839>. Acesso em: 14 out. 2017.

18 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Segunda consideração intempestiva*: da vantagem e desvantagem da história para a vida. Trad. Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003. p. 8-9.

à luz, mas também à obscuridade. É claro que é sempre possível que esse almejado novo futuro também resguarde um novo fracasso. Entretanto, é preciso conceder chances enquanto há uma centelha de vida.¹⁹

Extirpar do ser vivente a faculdade de esquecer, de ser deixado em paz, de ser esquecido (*the right to be alone*) é o mesmo que o obrigar a nunca descansar, permanecer em constante vigília, esperando que os seus pecados e pecadilhos sejam recuperados nas redes sociais. Existiria como um animal que tivesse de viver apenas de ruminação, e de ruminação sempre repetida. “É possível viver quase sem lembranças, mas é absolutamente impossível viver, em geral, sem esquecimento”.²⁰

Assim, percebe-se que a sociedade informacional exerce um tipo de controle sobre o indivíduo, não permitindo que o seu passado possa ficar em eterna “hibernação”. Ele pode ser sempre trazido e remexido quando conveniente aos interesses de um dado grupo, pessoa ou momento, não importando as consequências que o passado que ressurgir possa causar. Nesse mesmo sentido é o que se extrai da afirmação de Erving Goffman:

Esta forma de controle sobre o papel do indivíduo restabelece a simetria do processo de comunicação e monta o palco para um tipo de jogo de informação, um ciclo potencialmente infinito de encobrimento, descobrimento, revelações falsas e redescobertas. [...] ²¹

Há um grau de insônia, de ruminação, de sentido histórico, no qual o vivente se degrada e, por fim, sucumbe. Para determinar esse grau e, por meio dele, então, o limite, no interior do qual o que passou precisa ser esquecido, o passado não pode se tornar o covão do presente.

Provavelmente, sob esse sentimento de que algo precisa ser esquecido para se seguir em frente, e utilizando a Lei de Anistia, a Ministra Nancy Andrighi deu provimento²² ao recurso do Coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra (REsp 1.434.498), quando, ante a um direito ao “esquecimento recíproco”²³, assim se manifestou:

[...] *Não sem dor; não sem sacrifícios; não sem deixar cicatrizes, é verdade*, mas deram os brasileiros um passo importante e necessário para romper, definitivamente, com aquele triste passado, para reescrever a história pensando no futuro, na construção de uma sociedade livre e democrática.[...] Então, como fruto da mobilização de diversos segmentos da nossa sociedade, a anistia foi uma bênção para o País, na medida em que nos desarmou, libertando-nos das amarras da vingança, *sem o que jamais seria possível recomençar*²⁴. (grifo nosso)

Afinal, qual é o valor e a falta de valor da história? Quando uma informação serve apenas para provocar o mal? Tolher a vida? Ou, quando ela pode ser utilizada também para, mesmo ante sua gravidade, permitir que a história possa ser escrita de outra forma?

19 O fracasso de uma nova tentativa fica bem claro na série Bates Motel, seriado que conta a história pretérita dos personagens do clássico filme “Psicose” (1960), de Alfred Hitchcock. Nele, mãe e filho buscam uma nova vida, após experiências dolorosas representadas por uma relação abusiva no seio familiar. O ponto final da relação anterior é dado com o homicídio que não foi investigado. Ambos se mudam para uma nova cidade, constituindo um novo negócio (um motel de estrada) com o claro objetivo, enfatizado várias vezes na série, de “ter uma nova vida”. O futuro é sempre incerto.

20 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Segunda consideração intempestiva*: da vantagem e desvantagem da história para a vida. Trad. Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003. p. 9-10.

21 GOFFMAN, Erving. *A representação do eu na vida cotidiana*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 20

22 Ressalta-se que o julgamento trata de matéria diversa da abordada no presente trabalho. Além disso, não se adentra aqui no mérito do julgamento sobre a anistia e como ela vem sendo interpretada pelos tribunais. Tão somente se quis destacar o ponto sobre o esquecimento e o seu nexa com o direito de recomençar. Além disso, na proposta de análise do direito ao esquecimento existem outros direitos envolvidos. Provavelmente, após a ponderação, pela sua relevância histórica, o direito à verdade e à informação devem prevalecer em relação aos fatos ocorridos e que foram objeto da anistia.

23 Termo utilizado para representar a fala do então Deputado Federal Pedro Simon em 1978, quando dos debates para negociação da Lei da Anistia - “esquecimento recíproco dos que agiram e dos que sofreram”. FICO, Carlos. A negociação parlamentar da anistia de 1979 e o chamado “perdão aos torturadores”. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 4. p. 320, jul./dez. 2010.

24 BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.434.498 - SP (2013/0416218-0)*. Recorrente: CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA. Recorrido: CÉSAR AUGUSTO TELES e outros. Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38041824&num_registro=201304162180&data=20150205&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 20 out. 2017.

3. NA COLÔNIA PENAL

Na obra de Kafka, “Na Colônia Penal”, um explorador é convidado pelo comandante a assistir à execução de um soldado por desobediência e insulto ao seu superior. O viajante é atendido por um oficial que, com todo o amor e dedicação, explica o processo. A execução era empreendida, automaticamente, por uma máquina, que, ao receber um mero comando, inicia seu trabalho.

— Nossa sentença não soa severa. O mandamento que o condenado infringiu é escrito no seu corpo com o rastelo. No corpo deste condenado, por exemplo — o oficial apontou para o homem —, será gravado: “Honra o teu superior!” [...] o explorador queria perguntar diversas coisas, mas à vista do homem indagou apenas:

— Ele conhece a sentença?

— Não, disse o oficial [...]. Seria inútil anunciá-la. Ele vai experimentá-la na própria carne.²⁵

A narrativa repete boa parte das obras kafkianas, o condenado não sabe qual o seu crime, qual a sua sentença e, muito menos, como ela será executada. Sua experiência futura de vida é quem irá dizer o quão profundas serão as consequências de seu “crime”, que ele nem sabe ao certo que cometeu. O resultado é realmente imprevisível. Na internet é impossível prever as consequências nefastas de uma informação relativa ao passado. Moedores de reputação podem ser ligados a qualquer momento, inclusive com informações falsas, que poderão reverberar infinitamente, até tomarem ares de verdade.

Naturalmente não pode ser uma escrita simples, ela não deve matar de imediato [...] é preciso portanto que muitos floreios rodeiem a escrita propriamente dita; esta só cobre o corpo numa faixa estreita; o resto é destinado aos ornamentos. O senhor consegue agora apreciar o trabalho do rastelo e de todo o aparelho? Veja!²⁶

O processo nas redes, apesar da sua grande velocidade de propagação, não é instantâneo, demora algumas horas e dias até ter sido executado todo o seu procedimento de destruição. Ter caminhado por todos os nós da rede, espalhando-se por todos os caminhos, em toda a sua amplitude. Algumas vezes o “condenado” ainda tenta se erguer, utilizando como ponto de apoio a própria máquina, o que é inútil, e acaba tornando processo mais rápido.

[...] o rastelo começa a escrever; quando o primeiro esboço de inscrição nas costas está pronto, a camada de algodão rola, fazendo o corpo virar de lado, lentamente, a fim de dar mais espaço para o rastelo. Nesse ínterim as partes feridas pela escrita entram em contato com o algodão, o qual por ser um produto de tipo especial, estanca instantaneamente o sangramento e prepara o corpo para novo aprofundamento da escrita. Então, à medida que o corpo continua a virar; os dentes na extremidade do rastelo removem o algodão das feridas, atiram-no ao fosso e o rastelo tem trabalho outra vez. Assim ele vai escrevendo cada vez mais fundo [...].²⁷

Da mesma forma que surge o assunto e é executada a sentença, o interesse por este desaparece da rede. Kafka já havia constatado que há um tempo de interesse pela miséria alheia. Alguns dias e tudo será esquecido, o cadafalso deve ser liberado para que uma nova sentença seja executada. Às vezes, representada pela mera repetição de um antigo fato que é reaquecido pela mórbida paixão ao escândalo.

A experiência mostrava que, durante quarenta dias, era possível espicaçar o interesse de uma cidade através de uma propaganda ativada gradativamente, mas depois disso o público falhava e se podia verificar uma redução substancial da assistência; naturalmente existia nesse ponto pequenas diferenças segundo as cidades e os países, mas como regra quarenta dias eram o período máximo.²⁸

O ser informacional parecer habitar em Leônia, cidade imaginária de Ítalo Calvino, que se refaz todos os

25 KAFKA, Franz. *O veredicto / Na colônia penal*. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p. 36.

26 KAFKA, Franz. *O veredicto / Na colônia penal*. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p. 43.

27 KAFKA, Franz. *O veredicto / Na colônia penal*. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p. 43-44.

28 KAFKA, Franz. *Um artista da fome / A construção*. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 26

dias. Nessa cidade, todas as manhãs os seus habitantes acordam em lençóis frescos, lavam-se com sabonetes recém-retirados da embalagem e vestem-se com roupas novíssimos. Nas calçadas, envoltos em límpidos sacos plásticos, os restos da Leônia de ontem guardam a carroça do lixeiro.

A opulência de Leônia se mede pelas coisas que todos os dias são jogadas fora, para dar lugar às novas. Entretanto, questiona-se se a paixão de Leônia é, de fato, como dizem, o prazer das coisas novas e diferentes, e não o ato de expelir, de afastar de si, expurgar uma impureza recorrente.²⁹

— Eu não estava querendo emocioná-lo — disse ele. — Sei que é impossível dar hoje uma ideia do que foram aqueles tempos. Além disso a máquina ainda funciona e produz sozinha os seus efeitos. Funciona mesmo quando está a sós neste vale. E o cadáver continua no final a cair num voo inconcebivelmente suave no fosso, ainda que não se junte em volta dele, como moscas, centenas de pessoas como antes.³⁰

Acontece, às vezes, que a novidade de ontem, aparentemente superada por outro fato “relevante”, retorna do lixo. Como um fantasma, realiza os maiores temores de quem já se viu envolto em algo que tenta esquecer. Ivan Klima, outro escritor tcheco, em sua obra, *Laska a Smeti* (1986), traduzida para o inglês por Ewald Oser como “*Love and Garbage*”³¹, narra, de maneira magnífica, a relação da sociedade com o lixo.

O protagonista conta que, quando trabalhava no serviço de limpeza de um hospital, colocava o lixo todas as manhãs em um grande forno de incineração. O lixo consistia em bandagens encharcadas de sangue, gaze cheia de pus e cabelos, trapos sujos cheirosos de excremento humano e, claro, massas de papel, latas vazias, vidro quebrado e plástico. Tudo era empurrado dentro do forno, e o homem assistia com alívio enquanto aquele lixo se contorcia como se estivesse em agonia, derretendo nas ferozes chamas. Ouviam-se os sons do vidro rachando e explodindo, e o rugido vitorioso do fogo.

Entretanto, conta que, em certa ocasião, talvez devido ao vento, o processo não aconteceu como devia. O lixo, não incinerado, subiu pelas altas chaminés em direção ao céu. O personagem observou, com horror e espanto, a todos os refugos descerem lentamente, chegando ao chão, ficando presos aos ramos das árvores, entrando pelas janelas abertas.

Por fim, conta que, naquele momento, os “idiotas e imbecis do Instituto de Bem-Estar Social”, responsáveis pela manutenção do recinto hospitalar, precipitaram-se a brincar com prazer, apontando para um vidoeiro-prateado³² que estava coberto como uma árvore de Natal.

Conclui dizendo que o que acabava de acontecer nada mais era que uma demonstração de uma ocorrência diária. O lixo nunca pode desaparecer, apenas muda a sua forma. O lixo é imortal, permeia o ar, inunda-se em água, se dissolve, apodrece, desintegra-se, transforma-se em gás, em fumaça, em fuligem, viaja pelo mundo e gradualmente engolfa-o.³³

29 The city of Leonia refashions itself every day: every morning the people wake between fresh sheets, wash with just-unwrapped cakes of soap, wear brand-new clothing, take from the latest model refrigerator still unopened tins, listening to the last-minute jingles from the most up-to-date radio. On the sidewalks, encased in spotless plastic bags, the remains of yesterday's Leonia await the garbage truck. Not only squeezed tubes of toothpaste, blown-out light bulbs, newspapers, containers, wrappings, but also boilers, encyclopedias, pianos, procelain dinner services. It is not so much by the things that each day are manufactured, sold, bought that you can measure Leonia's opulence, but rather by the things that each day are thrown out to make room for the new. So you begin to wonder if Leonia's true passion is really, as they say, the enjoyment of new and different things, and not, instead, the joy of expelling, discarding, cleansing itself of a recurrent impurity. CALVINO, Ítalo. *Invisible cities*. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1974. p. 114.

30 KAFKA, Franz. *Verdicto / Na colônia penal*. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p. 51.

31 KLIMA, Ivan. *Love and garbage*. Trad. Ewald Osers. Londres: Vintage, 2002.

32 O vidoeiro-prateado, também chamado bétula-branca e vidoeiro-branco, é uma espécie de árvore caducifólia do gênero *Betula*.

33 Many years later, when I was working as a cleaner at the Krč hospital, I had to cart all the refuse to the big furnace every morning: blood-soaked bandages, gauze full of pus and hair, dirty rags smelling of human excrement, and of course masses of paper, empty tins, broken glass and plastic. I'd shovel everything into the furnace and watch with relief as the rubbish writhed as if in agony, as it melted in the fierce flames, and listen to the cracking and exploding sounds of the glass and to the victorious roar of the fire. On one occasion, I never discovered why, whether the fire was too fierce or, on the contrary, not hot enough, or whether it was the wind, the rubbish did not burn but the draught in the furnace sucked it up and spewed it out from the high chimney-stack, up towards the sky, and I watched with horror and amazement as all my refuse – rags, paper and tatters of bloody bandages – slowly

[...] à medida que a cidade se renova a cada dia, ela preserva totalmente a si mesma na sua única forma definitiva: o lixo de ontem empilhado sobre o lixo de anteontem e de todos os dias e anos e décadas” [...] em vez de preservarem o que afirmam amar e desejar, só conseguem tornar permanente o lixo. Só o inútil, o desorientador, repelente, venenoso e temível é resistente o bastante para permanecer ali enquanto o tempo passa³⁴.

Analisando os efeitos da globalização e da nova sociedade informacional, Bauman vê o conforto social nos programas de reality show, onde sempre acontece algo similar. Uns poucos se mostram realmente necessários, são os vencedores solitários. Uma pessoa só é útil para outra quando pode ser explorada. A lata de lixo é o último destino dos excluídos, tornando-se o futuro natural daqueles que não mais se ajustam ou não desejam ser explorados. Sobrevivência é o nome do jogo da convivência humana. Por fim, é possível concluir que o derradeiro propósito da existência é sobreviver aos outros.³⁵

Já se disse que os homens suportam qualquer sofrimento, desde que saibam que terá fim; o efeito da tortura parece tanto maior, mais eficaz, quanto mais se convence o torturado de que aquele momento de dor não é apenas o presente, mas todo o futuro.³⁶ Assim é a relação do homem com seu passado e os fatos que permeiam sua existência (falha e maculada) que merecem ser esquecidos e guardados na “caixa de pandora”, sob pena de sua abertura constante liberar males que são capazes de causar sofrimento e morte social do indivíduo³⁷.

E o Corvo, na noite infinda, está ainda, está ainda,
No alvo busto de Atena que há por sobre os meus umbrais.
Seu olhar tem a medonha dor de um demônio que sonha,
E a luz lança-lhe a tristonha sombra no chão mais e mais.
E a minh'alma dessa sombra que no chão há de mais e mais,
Libertar-se-á... nunca mais!³⁸

Foucault, traçando uma análise sobre a genealogia da história com base em Nietzsche, afirma que os acontecimentos e os fatos não têm uma finalidade monótona:

[...] espreitá-los lá onde menos se os esperava e naquilo que é tido como não possuindo história — os sentimentos, o amor, a consciência, os instintos; apreender seu retorno não para traçar a curva lenta de uma evolução, mas para reencontrar as diferentes cenas onde eles desempenharam papéis distintos; e *até definir o ponto de sua lacuna, o momento em que eles não aconteceram*.³⁹

descended to the ground, as it was caught in the branches of the trees, or sailed towards the open windows of the wards. And at that moment the idiots and imbeciles from the Social Welfare Institute, who were responsible for the upkeep of the hospital grounds, came rushing out howling with delight and pointing to a tall silver birch which was draped like a Christmas tree. It occurred to me that what had just happened was no more than an instructive demonstration of an everyday occurrence. No matter ever vanishes. It can, at most, change its form. Rubbish is immortal, it pervades the air, swells up in water, dissolves, rots, disintegrates, changes into gas, into smoke, into soot, it travels across the world and gradually engulfs it. KLIMA, Ivan. *Garbage and love*. Trad. Ewald Osers. London: Vintage, 2002.

34 BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. p. 09.

35 BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. p. 164.

36 Trecho extraído da aba do livro O Castelo. KAFKA, Franz. *O castelo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

37 Acerca da morte social do indivíduo e os poderes simbólicos que envolvem a saída, entrada ou permanência na rede social, cabe aqui interessante reflexão com a afirmação feita por Joana Machado e Sergio Negri, quando estes apontam que “[...] as escolhas distintas e pouco sinalizadas no processo de construção do direito ao esquecimento retratam o exercício perigoso de um poder simbólico por quem diz o que deve ser esquecido e como deve ser esquecido [...]”. MACHADO, Joana; NEGRI, Sergio. Ensaio sobre a promessa jurídica do direito ao esquecimento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

38 And the Raven, never flitting, still is sitting, still is sitting On the pallid bust of Pallas just above my chamber door; And his eyes have all the seeming of a demon's that is dreaming. And the lamp-light o'er him streaming throws his shadow on the floor; And my soul from out that shadow that lies floating on the floor. Shall be lifted – nevermore! Edgar Allan Poe, O corvo. Trad. Fernando Pessoa, Lisboa, 1924.

39 FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Disponível em: <<http://petletras.paginas.ufsc.br/files/2017/03/foucault-microfisica-do-poder.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017. p. 12.

O que seria esse ponto de lacuna? Como permitir que os acontecimentos possam, em nome do direito ao esquecimento, permanecer em um “momento em que eles não aconteceram”? Trata-se de permitir a possibilidade de paz com o passado, um presente sem angústias e a possibilidade de um futuro sem que aquele seja revolido.

4. DIREITO AO ESQUECIMENTO

Na história constitucional brasileira, a Constituição Federal de 1988 se apresenta como um marco na expansão e no tratamento dos direitos fundamentais, sendo estes a concretização da dignidade da pessoa humana. Cerne da garantia da proteção do ser humano, a dignidade se encontra materializada pelos direitos fundamentais — sejam eles expressos ou implícitos. Direitos que, às vezes, atuam como limitação do poder e, devido à sua importância valorativa, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Fábio Konder Comparato traz uma afirmação que se amolda à importância do respeito à dignidade da pessoa, enquanto um ser único: “O homem como espécie, e cada homem em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma [...]”.⁴⁰ Isso reafirma o valor que deve ser dado ao direito de cada um de ter sua imagem, sua vida e sua memória privada protegidos, sendo, em última análise, assegurado o respeito à dignidade.

Às vezes, a proteção dada à intimidade, à vida privada e à honra de uma pessoa entra em choque com o direito à liberdade de expressão e à de pensamento de outra. Nesses casos, é preciso fazer uma ponderação. Não se está a mitigar o direito à liberdade de expressão, nem a privilegiar o direito à intimidade e à vida privada em detrimento daquela. Essa ponderação visa evitar qualquer abuso de direito.

Manuel Castells traz importante reflexão sobre o que era a liberdade de expressão quando as atividades diárias — o cotidiano de cada um — não pertenciam à esfera pública. Hoje, há um impacto sobre o que se publica que transcende a esfera daquele que deu o primeiro clique:

[...] A liberdade de expressão era a essência do direito à comunicação irrestrita na época em que a maior parte das atividades diárias não era relacionada à expressão na esfera pública. Mas em nosso tempo, uma proporção significativa da vida cotidiana, inclusive o trabalho, o lazer, a interação pessoal, tem lugar na Net. [...] Assim, viver num panóptico eletrônico equivale a ter metade de nossas vidas permanentemente exposta a monitoramento. Como vivemos existências compósitas, essa exposição pode nos levar a um eu esquizofrênico, dividido entre o que somos off-line e a imagem que temos de nós mesmos on-line, que assim internaliza a censura.⁴¹

O ponto nevrálgico dessa exposição no mundo virtual é que ainda há uma ausência de regras explícitas desse comportamento de “vitrine”. Essa exposição de si e do outro devem caminhar junto com um regramento, ou, pelo menos, com informações claras, que, além de garantir a liberdade de expressão, estabeleçam consequências para quem divulga e o peso para aquele que tem a sua vida devassada.

Quem expõe e quem é exposto é analisado pela sociedade em rede “segundo os contextos de interpretação e, de acordo com os critérios para julgar o nosso comportamento por uma variedade de atores atrás da tela de nossa casa de vidro.”⁴² A título de exemplo sobre o direito à liberdade de expressão na internet, o relatório “Liberdade de Expressão e Internet” aponta alguns princípios que guiam o exercício desse direito, tais como: acesso, pluralismo, não discriminação e privacidade. No entanto, o seu objeto principal é garantir

40 COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamento dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.ica.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2017. p. 18.

41 CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, negócios e a sociedade*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 148.

42 CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, negócios e a sociedade*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 149.

que não haja “obstáculos que impeçam os cidadãos — ou um setor em particular — de difundir suas opiniões e informações”.⁴³

Antonio-Enrique Pérez Luño, sob a mesma ótica da liberdade de expressão, como meio de difundir ideias e de participação política, traz a concepção de “teledemocracia” como fenômeno da incidência das novas tecnologias (NT) em busca da igualdade e da liberdade no ciberespaço:

[...] ha surgido un movimiento de la doctrina jurídica y de la jurisprudencia de los países con mayor grado de desarrollo tecnológico tendente al reconocimiento de unos nuevos derechos humanos dirigidos a evitar la contaminación tecnológica de las libertades. La libertad informática, la facultad de autodeterminación en la esfera informativa y la protección de datos personales, serian un ejemplo de nuevos derechos tendentes a responder al reto tecnológico.⁴⁴

A utilização da internet como importante meio de ampliar o acesso à informação não é incompatível com o direito ao esquecimento, visto que, como se observará nesse estudo, as informações que sejam de interesse da coletividade estão fora de sua proteção, a depender do caso concreto. A defesa da privacidade das pessoas deve ser feita em atenção a critérios razoáveis e proporcionais que restrinjam de modo arbitrário o direito à liberdade de expressão. Nesse sentido, é importante recordar que, como indica o princípio 10 da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, “[a]s leis de privacidade não devem inibir nem restringir a investigação e a difusão de informação de interesse público”.⁴⁵

Em sentido contrário, se vislumbra o Parecer da Procuradoria Geral da República quando foi instada a se manifestar no caso Aída Curi, concluindo que o direito ao esquecimento não pode servir de limitação à liberdade de expressão:

Não é possível, com base no denominado direito ao esquecimento, ainda não reconhecido ou demarcado no âmbito civil por norma alguma do ordenamento jurídico brasileiro, limitar o direito fundamental à liberdade de expressão por censura ou exigência de autorização prévia. Tampouco existe direito subjetivo a indenização pela só lembrança de fatos pretéritos.⁴⁶

No mesmo sentido é o posicionamento de Eduardo Berton, diretor da Agência Nacional de Proteção de Dados da Argentina, em que este afirma ser “o direito ao esquecimento um conceito ofensivo e um verdadeiro insulto à história da América Latina”, que poderia servir de escudo àqueles que pretendem, sob o manto da não contemporaneidade dos fatos, apagar da memória histórica de um povo as barbáries que tenham cometido.⁴⁷

Dessa forma, verifica-se que a análise da questão carece de maiores cuidados. A livre circulação de informações sobre o passado de uma pessoa, principalmente quando não há uma contemporaneidade dos fatos,

43 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Liberdade de expressão e internet*: Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão Comissão Interamericana de Direitos Humanos. OAS: Cataloging-in-Publication Data, 2013. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/2014%2008%2004%20Liberdade%20de%20Express%C3%A3o%20e%20Internet%20Rev%20HR_Rev%20LAR.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2017. p. 9.

44 LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 4, n. 2, p. 10-11. jul./dez. 2014. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2835>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

45 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Liberdade de expressão e internet*: Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão Comissão Interamericana de Direitos Humanos. OAS: Cataloging-in-Publication Data, 2013. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/2014%2008%2004%20Liberdade%20de%20Express%C3%A3o%20e%20Internet%20Rev%20HR_Rev%20LAR.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2017. p. 11.

46 BRASIL. Ministério Público da União. *Parecer nº No 156.104/2016 PGR-RJMB*. Processo nº 833.248/RJ. EMENTA: Constitucional e civil. Recurso extraordinário. Tema 786. Direito a esquecimento. Aplicabilidade na esfera civil quando invocado pela vítima ou por seus familiares. Danos materiais e morais. Programa televisivo. Veiculação de fatos relacionados à morte da irmã dos recorrentes nos anos 1950. Procurador: Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Brasília, 11 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ARE833248_parecerpgrdireitoesquecimento.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2017.

47 GOMES, Marlene; SOUZA, Renato. *Audiência pública no STF debate o direito ao esquecimento*. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2017/06/12/internas_polbracco,602085/audiencia-publica-no-stf-debate-o-direito-ao-esquecimento.shtml>. Acesso em: 02 dez. 2017.

atinge, negativamente, a sua vida. Danos de tal monta que, às vezes, atingem a existência do envolvido, provocando a sua exclusão da rede social em que estava inserido e afetando a sua dignidade. Ao mesmo tempo, muitas informações que se desejam ver retiradas ou dificultado o seu acesso, são de interesse público ou de grande relevância histórica, e, portanto, interessam à população e não somente à pessoa afetada.

A Constituição Brasileira de 1988, no art. 1º, III resguarda o respeito à dignidade da pessoa humana, a fim de que todos tenham condições satisfatórias para sobreviver com qualidade de vida. A violação do direito ao esquecimento fere a dignidade do ser humano. A publicação não autorizada de fatos pretéritos consiste em atentado à privacidade, à reputação e, às vezes, acarreta danos físicos ou psíquicos às vítimas. Nesses casos, terão direito a uma reparação, por força do art. 5º, X da CF que considera assegurado o direito à indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação.⁴⁸

Maria Helena Diniz, ao analisar o tema, lembra que os direitos fundamentais pertencem ao direito constitucional, pressupondo relações entre pessoa e poder estatal, tendo incidência publicística imediata, mesmo quando produzirem efeitos no âmbito das relações privadas. Enquanto isso, os direitos da personalidade pertencem à seara cível, apesar de contemplados em norma constitucional, incidindo nas relações entre particulares.⁴⁹

O direito ao esquecimento, tratado por ela como “direito a ser esquecido”⁵⁰, é o direito ao respeito à memória privada do próprio titular. Exige-se o comportamento negativo dos demais membros da sociedade. Protege-se um bem inato, valendo-se de ação judicial, não para impor um dever de esquecer uma informação, mas para impedir que seja recordada injustificadamente, mediante nova divulgação, que pode causar dano a um projeto de vida ou ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Dessa forma, o direito a ser esquecido é um direito da personalidade, incluído no rol dos direitos à integridade moral e ante a omissão legal, é um direito fundamental implícito, que pode ser inferido do enunciado de outras normas. No mesmo sentido, Ingo Sarlet afirma que:

Como direito humano e direito fundamental, o assim chamado direito ao esquecimento encontra sua fundamentação na proteção da vida privada, honra, imagem e ao nome, portanto, na própria dignidade da pessoa humana e na cláusula geral de proteção e promoção da personalidade em suas múltiplas dimensões. Cuida-se, nesse sentido, em virtude da ausência de disposição constitucional expressa que o enuncie diretamente, de um típico *direito fundamental implícito*, deduzido de outras normas, sejam princípios gerais e estruturantes, como é o caso da dignidade da pessoa humana, seja de direitos fundamentais mais específicos, como é o caso da privacidade, honra, imagem, nome entre outros.⁵¹

O direito ao esquecimento, além de ser um direito da personalidade, é também um direito fundamental pautado na dignidade da pessoa humana. A inclusão do princípio do respeito à dignidade da pessoa humana no texto constitucional (art. 1º, III) promove a constitucionalização dos direitos da personalidade. Dessa forma, os direitos da personalidade, inclusive o direito ao esquecimento, constituem o conteúdo do princípio do respeito à dignidade do ser humano, caracterizando-se a sua fundamentalidade.⁵²

Garante-se, ainda, que a pessoa possua a pretensão de que certa informação sobre o seu passado, por estar ligada à sua privacidade, à sua honra ou à sua intimidade, não seja mais divulgada. Impedindo-se ou

48 DINIZ, Maria Helena. Uma visão constitucional e civil do novo paradigma da privacidade: o direito a ser esquecido. *Revista Brasileira de Direito*. v. 13, n. 2, p. 7-25, maio/ago. 2017. p. 12.

49 DINIZ, Maria Helena. Uma visão constitucional e civil do novo paradigma da privacidade: o direito a ser esquecido. *Revista Brasileira de Direito*. v. 13, n. 2, p. 7-25, maio/ago. 2017.

50 De acordo com Bruno Acioli e Marcos Ehrhardt Júnior, a doutrina brasileira utiliza o termo guarda-chuva direito ao esquecimento, mas o divide em cinco direitos de conteúdo diversos: direito à reabilitação, direito ao apagamento, direito à desindexação, direito à obscuridade e o direito ao esquecimento digital. ACIOLI, Bruno de Lima; EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. Uma agenda para o direito ao esquecimento no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

51 SARLET, Ingo W. *Temas da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

52 DINIZ, Maria Helena. Uma visão constitucional e civil do novo paradigma da privacidade: o direito a ser esquecido. *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 2, p. 7-25, maio/ago. 2017. p. 13.

dificultando-se o acesso a terceiros, possibilitando-se que esses fatos caiam no esquecimento, uma vez que não envolvem interesse público. René Ariel Dotti afirma, de maneira lapidar, que o direito ao esquecimento é a “faculdade de a pessoa não ser molestada por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público”.⁵³

Ressalte-se que se encontra protegida a memória coletiva, ligada à relevância dos fatos passados que tenham algum interesse e que justifique a sua manutenção. O exercício do direito ao esquecimento encontra o seu limite na presença do interesse público e na utilidade social da informação do fato ocorrido.

O interesse social deve ser avaliado da maneira mais objetiva possível, dependendo da espécie do fato, da pessoa que o praticou e da quantidade de tempo decorrido desde a sua ocorrência. Ressalte-se que, ao contrário do que diz respeito à divulgação das notícias atuais, o elemento temporal dificulta que seja demonstrada a existência do interesse geral na informação. No caso dos fatos datados, existe uma presunção de irrelevância social, com exceção dos casos em que o fato é considerado histórico ou se refere à pessoas conhecidas.⁵⁴

Dessa forma, o direito ao esquecimento encontra-se em plena sintonia com o direito à verdade, que garante que se possa receber informações de interesse público. O mesmo acontece em relação ao direito à memória, preservando-se o acesso e a busca de eventos marcantes do passado, que pertençam ao patrimônio cultural da coletividade. O direito ao esquecimento visa apenas impedir que dados ou notícias alusivas à vida de alguém, divulgados pela mídia ou inseridos pela própria pessoa na rede, sejam veiculadas repetidamente, inexistindo interesse público no seu conhecimento.⁵⁵

A tutela do direito ao esquecimento conecta-se com a inexistência da utilidade social da informação e na inatualidade do fato. O decurso do tempo faz ressurgir o interesse individual e a sua prevalência sobre o interesse coletivo. Se a informação a ser novamente divulgada tiver interesse público, não há que se falar em tutela do direito ao esquecimento, nem ofensa a direito de personalidade. Dessa forma é imprescindível analisar, em cada caso concreto, a existência ou não do interesse público, levando em conta atributos como o fato, o tempo decorrido e a pessoa que o praticou.

Políticos e pessoas notórias, ante o interesse público no conhecimento de sua vida pretérita, sofrem restrições na tutela do direito a ser esquecido. Ante a notoriedade da pessoa, a ADIN n. 4815/2015 entendeu que há dispensa, para publicação de biografia, de prévia autorização do biografado ou de seus familiares por haver interesse histórico, desde que haja veracidade e se atenha à sua obra, e não fatos atinentes à sua intimidade ou privacidade.⁵⁶

O direito ao esquecimento confere a seu titular tão somente o poder de controlar, juridicamente, fatos pretéritos ocorridos em sua vida, resguardando sua privacidade, sua imagem e sua liberdade de autodeterminação, na escolha de eventos que devam ser esquecidos e superados.

Esquecer não é apenas um comportamento individual. Nós também esquecemos como sociedade. Muitas vezes, esse esquecimento social concede aos indivíduos que falharam uma segunda chance. Nós deixamos as pessoas experimentarem novas relações, se as suas anteriores não as deixaram ser felizes. Nos negócios, as falências são esquecidas quando os anos passam. Em alguns casos, mesmo os criminosos têm o registro de seus crimes expurgados depois de um certo tempo. Podemos aprender com nossas experiências e ajustar nosso comportamento.⁵⁷

53 DOTTI, René Ariel. O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data. In: WAMBIER, Teresa. (Coord.). *Habeas Data*. São Paulo: RT, 1998. p. 300.

54 MEZZANOTTE, M. *Il diritto all'oblio*: contributo allo studio della privacy storica. Nápoles: Edizioni scientifiche italiane (collana Università di Teramo), 2009. p. 123-124.

55 PIZZETTI. *Il prisma del diritto all' oblio*, in Franco Pizzetti: Il caso del diritto all' oblio. Torino: Giappichelli, 2013. p. 41-42.

56 DINIZ, Maria Helena. Uma visão constitucional e civil do novo paradigma da privacidade: o direito a ser esquecido. *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 2, p. 7-25, maio/ago. 2017. p. 20.

57 Forgetting is not just an individual behavior. We also forget as a society. Often such societal forgetting gives individuals who have failed a second chance. We let people try out new relationships, if their previous ones did not make them happy. In business,

Em geral, a publicação de evento pretérito para que venha novamente à tona requer o consenso da pessoa envolvida, ou a utilidade ou necessidade de ordem pública por envolver a história da nação, investigação criminal, segurança nacional e saúde pública. O interesse público prevalece sobre o interesse do particular de ver esquecida certa informação pessoal do seu passado.⁵⁸

Assim, não se pretende a destruição de arquivos públicos ou privados que contenham fatos passados que, pelo justo interesse social, devem ser dotados de publicidade. É preciso reconhecer esses parâmetros para que o exercício do direito ao esquecimento seja garantido, possibilitando uma segunda chance na conquista de emprego, onde possa exercer uma profissão ou de uma vida digna, onde haja respeito à privacidade histórica.⁵⁹

É dever da sociedade não perseguir alguém pelo resto de sua vida por um fato pretérito, quando este projetou de maneira legítima uma nova vida para si. A pessoa não deve ficar indefinidamente exposta a danos que afetam sua honra e sua reputação advindos de publicações reiteradas de fato ocorridos no passado. Defende-se que quando não há interesse contemporâneo na nova divulgação daquele fato, é imprescindível que informações pretéritas fiquem no passado. Preserva-se, assim, a sua privacidade histórica, a sua identidade e a sua esperança de obter uma vida melhor.

4.1. Dano existencial: um pouco de história e de como vem sendo utilizado fora do Brasil

A sociedade de informação impactou diretamente sobre o projeto de vida das pessoas. O que antes se localizava na esfera particular ou profissional, passou a ocupar um espaço no mundo da comunicação (inclusive a virtual) que transcende tempo e espaço. Bruno Mello Correia de Barros aponta que:

Assim, com todo esse cenário emergente de comunicações, informação, informática e tecnologias digitais, surge a sociedade da informação, ou sociedade informacional. [...], no ramo das corporações de comunicação, não foi diferente, visto que tiveram de adaptar-se a um novo meandro de convergência midiática e tecnológica, que modifica e transforma o condicionamento e a busca por informação⁶⁰.

Informações que circulam numa velocidade que criam “vida própria” e que repercutem na vida e nos projetos daqueles que são por elas atingidos. Essa é uma preocupação nova. Até meados do século XX, os juristas ainda não haviam refletido seriamente sobre a relevância da frustração, perda ou atraso no cumprimento do projeto de vida de cada pessoa. A importância concedida a essa concepção permite compreender a noção de dano à liberdade fenomenal, que está baseada nos valiosos escritos de uma série de filósofos que dirigiram o seu olhar para o ser humano, na execução de seu plano existencial.⁶¹

O jurista peruano, Carlos Fernández Sessarego, na formulação do Direito ao Esquecimento, indica que sua concepção do princípio foi construída a partir de seus estudos da obra de filósofos como Kant, Fichte e Kierkegaard. Além desses, ressalta a importância dos existencialistas, destacando-se o pensamento de Jaspers, Zubiri, Sartre, Marcel, Heidegger e, mais tarde, Mounier.⁶²

bankruptcies are forgotten as years pass. In some instances, even criminals have their convictions expunged from their record after sufficient time has passed. Through these and many similar mechanisms of societal forgetting, of erasing external memories, our society accepts that human beings evolve over time, that we have the capacity to learn from past experiences and adjust our behavior. MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete, the virtue of forgetting in the digital age*. Princeton: Princeton university Press, 2009. p. 13.

58 DINIZ, Maria Helena. Uma visão constitucional e civil do novo paradigma da privacidade: o direito a ser esquecido. *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 2, p. 7-25, maio/ago. 2017. p. 21.

59 DINIZ, Maria Helena. Uma visão constitucional e civil do novo paradigma da privacidade: o direito a ser esquecido. *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 2, p. 7-25, maio/ago. 2017. p. 21.

60 BARROS, Bruno Mello Correa de; OLIVEIRA, Rafael Santos de. O poder político e a mídia de massa: a perspectiva da fiscalização de concessões e outorgas de radiodifusão no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 7, n. 2, p. 369-383, ago. 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2531/pdf_1>. Acesso em: 01 dez. 2017.

61 SESSAREGO, Carlos Fernández. *El “dano a la libertad fenoménica” o “daño al proyecto de vida” em el escenario jurídico contemporáneo*. Disponível em: <<http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2008/Sessarego2.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

62 SESSAREGO, Carlos Fernández. *Apuntes sobre el daño a la persona*. Disponível em: <<http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeau>>

A proposta do professor Sessarego carrega o peso de sua origem. A sua concepção de “projeto de vida” está intimamente associada a uma súplica, a um dano já praticado. Em sua formulação e defesa iniciais, verifica-se flagrantes casos onde o lesado em seu direito foi vítima de uma estrutura organizada, tipicamente o Estado, representado por um regime opressor. Essa realidade pode ser facilmente vista em casos paradigmáticos.

O precedente da Corte Interamericana que versou, pela primeira vez, sobre dano ao projeto de vida, marcando sua autonomia conceitual em relação ao dano material e moral, é tratado no caso *Loayza Tamayo Vs. Perú*. Nesse julgado, chegou-se a conclusão de que dano ao projeto de vida não se iguala e nem é derivado do prejuízo patrimonial conexo aos fatos danosos, nem ao conceito de dano emergente ou lucro cessante, sendo o projeto de vida relacionado com a realização integral da pessoa afetada, sendo considerada sua vocação, atitudes, circunstâncias, potencialidades e aspirações que permitem a pessoa determinar, de forma razoável, certas expectativas e a possibilidade de atingi-las.⁶³

Não há dúvida, entretanto, de que a formulação do pensamento desenvolvido pelo jurista peruano poderia ganhar uma incrível força de significado, caso o autor tivesse avançado um pouco mais e constatado como caixa de ferramentas com as obras de autores como Max Stirner, Friedrich Nietzsche e Michel Foucault.

Max Stirner afirmava que a história da humanidade consistia em um incessante processo de redução do homem. Ao se rebelar contra essa redução, valorizava, de maneira extrema, a ideia da descoberta do homem em sua unicidade. Refuta a aceitação de imposições vindas do seu exterior. Desvela a construção das “verdades”, afirma que por trás da civilização, há muita mentira. Mostra a infinidade de planos e artimanhas inventados pelo homem para aprisionar o próprio homem.⁶⁴

Stirner não se opõe à moralidade em si, mas ao fato que ela se tornou uma lei sagrada e indestrutível. Constata o desejo pelo poder, a crueldade e a dominação por trás das ideias morais. Segundo ele, a moralidade estaria baseada na profanação, na destruição da vontade do indivíduo. O indivíduo, uma vez conformado aos códigos morais, tornar-se-ia alienado de sua essência. Para Stirner, a coerção moral é tão viciosa quanto a coerção realizada pelo Estado, só que mais insidiosa e perspicaz, pois não exige o uso da força física.⁶⁵

O guardião dessa moralidade está instalado na consciência do indivíduo. Esta moral internalizada da vigilância também se encontra em Foucault, na discussão sobre o panoptismo — na qual ele argumenta, revertendo o paradigma clássico, que a alma se torna a prisão para o corpo.⁶⁶

Quanto tempo já faz agora que tenho no íntimo me preocupado em demonstrar a completa *inocência* do devir! E que estranhos caminhos tenho percorrido com isso! [...] E para que tudo isso? Não seria a fim de gerar para mim mesmo a sensação de completa irresponsabilidade – a fim de me colocar fora de todo louvor e de toda censura, independente de todo anterior e de todo hoje, para correr a meu modo atrás de minha meta?⁶⁷

tor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_4.PDF>. Acesso em: 20 out. 2017.

63 147. Por lo que respecta a la reclamación de daño al “proyecto de vida”, conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes. Se trata de una noción distinta del “daño emergente” y el “lucro cesante”. Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el “daño emergente”. Por lo que hace al “lucro cesante”, corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 39.

64 SILVA, Alexandre Antonio Bruno da. *Nietzsche: justiça e direito*. São Paulo: Lumen Juris, 2015.

65 NEWMAN, Saul. *Stirner e Foucault: em direção a uma liberdade pós-kantiana*. Verve. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5339/3821>>. Acesso em: 20 out. 2017.

66 NEWMAN, Saul. *Stirner e Foucault: em direção a uma liberdade pós-kantiana*. Verve. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5339/3821>>. Acesso em: 20 out. 2017.

67 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Fragments do espólio*: primavera de 1884 a outono de 1885. Trad. Flávio R. Kothe. Brasília:

Seguindo a linha do conceito do direito ao projeto de vida tratado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH no caso *Loayza Tamayo Vs. Perú*, acima mencionado, em que há preocupação com danos que se diferenciam dos patrimoniais e morais, tem-se a vertente italiana⁶⁸ estabelecida por Paolo Cendon e Patrizia Ziviz.

Tal corrente, que visava à proteção dos direitos não patrimoniais, a partir da década de noventa, começou a considerar como dano existencial a lesão a outros interesses de natureza constitucional inerentes à pessoa, e que se diferenciavam da chamada transitória perturbação do estado de ânimo da vítima e da lesão à integridade psíquica e física da pessoa.

Nesse sentido, a lesão ao projeto de vida, ao dano existencial, estaria ameaçada devido às escolhas de vida que foram traçadas de forma diferente daquelas que seriam feitas caso não tivesse ocorrido o evento danoso, portanto, são danos ligados às atividades relacionais das pessoas.

Devido a isso, a União Europeia decidiu rever o tratamento legal dado a proteção de dados armazenados sob o manto da “imortalidade digital” e determinou o curso revisional da Diretiva de Proteção de Dados nº 46/1995, para prever a possibilidade de inserir nas normativas europeias o direito ao esquecimento sob a seguinte abordagem:

[...] clarificar o chamado «direito a ser esquecido», isto é, o direito de as pessoas impedirem a continuação do tratamento dos respectivos dados e de os mesmos serem apagados quando deixarem de ser necessários para fins legítimos. É o caso, por exemplo, do tratamento baseado no consentimento da pessoa, se essa pessoa retirar o consentimento ou quando o período de armazenamento tiver acabado.⁶⁹

Tal proposta traz a reflexão de que o tempo pode envolver tudo, até a possibilidade da paz que o esquecimento pode proporcionar ao presente de cada um. Entretanto, nos Estados Unidos o assunto ainda não está pacificado, existindo uma clara resistência em relação aos direitos de privacidade.⁷⁰

Assim, na existência de conflito entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, tende-se a valorizar mais a liberdade de expressão. Essa perspectiva, sob o ponto de vista do julgamento do caso do *New York Times vs. Sullivan*, é especialmente relevante quando se trata do direito ao esquecimento. Naquele julgamento entendeu-se que, até os discursos falsos, salvo exceções estabelecidas, seriam protegidos pela Primeira Emenda.⁷¹

Entretanto, é possível verificar uma certa atenuação, mesmo que apenas em relação à certos grupos. Foi editada lei do Estado da Califórnia, Lei SB-568, de 23 de setembro de 2013, também conhecida como “Lei Apagadora”. Essa lei garante aos menores de idade o direito de apagar informações embaraçosas constantes em sítios da Internet, principalmente das redes sociais, tais como Facebook, Twitter e Tumblr.⁷²

Universidade de Brasília, 2008. p. 478-479.

68 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

69 COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da comissão ao parlamento europeu, ao conselho, ao comité económico e social europeu e ao comité das regiões: Uma abordagem global da protecção de dados pessoais na União Europeia. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0006/com_2010_609_pt.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017. p. 09.

70 WALTER, Robert Kirk. The right to be forgotten. *64 Hastings Law Journal* 257, p. 256-286, Dec. 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2017967>>. Acesso em 22 out. 2017. p. 274-275.

71 GOLD, Susan Dudley. *New York Times Co. v. Sullivan*: freedom of the press of libel? New York: Marshall Cavendish Brechmar, 2007. p. 92.

72 VOLOKH, Eugene; FALK, Donald M. *First amendment protection for search engine search results -- white paper commissioned by google* (April 20, 2012). UCLA School of Law Research Paper No. 12-22. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2055364>>. Acesso em: 29 out. 2017.

73 ESTADOS UNIDOS. *Califórnia. Senate Bill nº 568*. Disponível em: <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB568>. Acesso em: 10 out. 2017.

5. DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL

O direito ao esquecimento no Brasil esteve ligado a algumas manifestações postas sob análise do Judiciário⁷⁴, mesmo que, às vezes, tratado de forma indireta. Héctor Santana e Rafael Viana, em estudo sobre a comercialização ilícita de dados pessoais, fazem uma ponte entre o direito de ser deixado em paz e as informações pessoais que circulam, sendo o desrespeito à privacidade um abuso de direito.

Com a evolução da sociedade e, conseqüentemente, do Direito, percebeu-se que a proteção ao Direito à Vida não englobava, apenas, a vida em sentido estrito, devendo-se interpretá-la sob um novo ponto de vista, o qual inclui elementos como a liberdade (para exercer sua capacidade civil por completo), o direito de aproveitá-la, gozá-la e de ser deixado em paz.⁷⁵

Segundo os autores, o direito de ser deixado em paz ramifica-se em vários outros direitos, destacando-se, dentre eles, o da privacidade, sob a forma de direito a não ser perturbado, de garantir a segurança de suas ideias, sentimentos e informações particulares, o seu modo de ser na intimidade. Estes direitos recorrentemente são postos sob a apreciação do Poder Judiciário, não se obtendo ainda uma uniformização das decisões. Como exemplo, apresentam-se julgados que tratam da busca da reparação de danos ao direito de imagem, intimidade e vida privada, veiculados em meios de comunicação diferentes que apresentaram entendimentos distintos.

A violação à imagem por meio de programa de televisão teve como exemplo marcante o caso Doca Street (condenado pelo assassinato de Ângela Diniz em dezembro de 1976) em que este pleiteava na justiça, com base no direito ao esquecimento, que o programa Linha Direta fosse impedido de exibir o fato relacionado ao seu passado ante o cumprimento da pena e o pagamento de indenização por danos morais. A tese vencedora foi que o pedido não poderia ser deferido ante o direito de liberdade de expressão da emissora, bem como esta se limitou a contar a história, sendo fiel ao que constava nas provas à época.

Em sentido contrário, o STJ, ao apreciar o caso conhecido como a Chacina da Candelária, em que houve o ajuizamento de uma ação de reparação de danos morais em desfavor da emissora Globo por uma pessoa (JGM), que teve seu nome envolvido nos crimes, mas inocentada, mesmo não autorizando o uso do caso na programação, teve a história veiculada com seu nome 13 anos após o evento. Nesse caso, o STJ, ponderando entre a liberdade de expressão e a proteção da vida privada, decidiu pelo direito ao esquecimento.

A violação à imagem por meio de sítio eletrônico de busca (internet) teve como exemplo a ação ajuizada por Xuxa contra o Google em 2010, mas o STJ, de forma unânime, decidiu que o Google era apenas um facilitador de informação⁷⁶, portanto, a ação deveria ser movida apenas contra aqueles que veicularam os dados, sem adentrar no objeto central do direito ao esquecimento. Ou seja, nesse julgado foi interpretado que o Google não veiculava, apenas fazia a busca.

Dando outra interpretação, o TJRJ — quando do julgado que tratava de remoção pelo Google de conteúdo ofensivo a desembargadores — decidiu pela condenação do provedor em virtude da importância social da imagem pública dos envolvidos, como se vê:

74 José Augusto Costa e Geraldo Miniuci apontam que a jurisprudência sobre o tema segue a seguinte tendência: 1. Derivação da figura a partir da noção de direito à intimidade e à privacidade; 2. Contraposição à liberdade de imprensa e ao direito de informação; 3. Apresentação do tratamento europeu, às vezes com referência às diferenças entre Europa e estados Unidos; e 4. Reflexão geral sobre internet, supermemória e esquecimento. COSTA, José Augusto Fontoura; MINIUCI, Geraldo. Não adianta nem tentar esquecer: um estudo sobre o direito ao esquecimento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

75 SANTANA, Héctor Valverde; VIANA, Rafael Souza. O compartilhamento de dados e informações pessoais de consumidores: o abuso dos fornecedores e as propostas apresentadas no PLS 181/2014. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 7, n. 1, p. 237-253, abr. 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2531/pdf_1>. Acesso em: 01 dez. 2017.

76 LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento: discussão europeia e sua repercussão no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/rl/edicoes/50/199/rl_v50_n199_p271>. Acesso em: 24 out. 2017.

Não é crível que uma empresa do porte da Google [...] não possua capacidade técnica para identificar as páginas que contenham mensagens depreciativas à honra dos autores, independentemente da identificação precisa, por parte destes, das URL's.

Também não se sustenta o argumento de que não seria possível ao provedor de internet realizar um juízo subjetivo de valor acerca da potencialidade lesiva das mensagens [...].

Não se trata de censura prévia à liberdade de expressão dos usuários das chamadas redes sociais, [...] *o princípio da dignidade da pessoa humana*, insculpido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, *é a lente, pela qual devem ser lidos* os demais direitos e liberdades, consagrados constitucionalmente.

Na hipótese, os autores são pessoas públicas, possuindo suas imagens grande influência no desempenho de suas funções.

[...]. Salienta-se que a rede mundial de computadores praticamente eterniza as notícias e informações, permitindo o acesso a fatos, ocorridos há muitos anos, inclusive com fotos e vídeos.

a manutenção de ofensas e informações inverídicas, veiculadas no sítio de busca do réu, revela-se manifestamente lesiva à imagem e honra objetiva dos autores, *impondo-se reconhecer o direito ao esquecimento*, com a remoção de todo e qualquer conteúdo ofensivo ao nome e honra dos autores.⁷⁷ (grifo nosso)

Por fim, mas sem esgotar as demandas que se socorrem ao Judiciário diariamente, o inesquecível caso Aída Curi, vítima de homicídio ocorrido em 1958 e que também foi objeto do programa Linha Direta da TV Globo. Tal veiculação originou demanda judicial com pedido de indenização pelo fato de os familiares terem revivido a dor do passado. O processo hoje se encontra sob Repercussão Geral.⁷⁸

Nesse sentido, claro está que o direito ao esquecimento está associado à lesão ao direito existencial, ao projeto de vida da pessoa lesada com a divulgação da informação. Dano que se estende aos parentes e outros que possuem (possuíam) íntima relação com a pessoa envolvida com os fatos, chamado de dano em ricochete.

Preservando o projeto de vida e as relações existenciais da pessoa, verifica-se, no judiciário brasileiro, julgados que reafirmam essa proteção:

[...] autor, tornou incontroverso que este efetivamente sofreu “danos físicos ou psicológicos” no período de 02/09/1961 a 15/08/1979 quando estava sob guarda e responsabilidade ou sob poder de coação dos órgãos ou agentes públicos (fl. 23). [...]. Tem-se, portanto, como absolutamente incontroverso, confessado administrativamente, que o autor foi indevidamente tolhido de sua liberdade, sevicado e torturado pelas forças oficiais da repressão estadual [...]. Talvez tão ou mais importante do que ‘indenizar’ os danos passados – a dor e o sofrimento relacionados à tortura e injusta privação de liberdade, durante dois anos – seja o caso de compensar adequadamente os efeitos posteriores e permanentes de tal período negro na história pessoal da vida do autor. *Os efeitos referidos no parecer psiquiátrico configuram não apenas ‘danos morais’ na normal aceção, mas verdadeiros danos existenciais e talvez até danos ao projeto de vida.* (STJ - AgRg no AREsp: 573215 RS 2014/0220052-1, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 16/04/2015, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/04/2015)⁷⁹ (grifo nosso)

Nesse sentido, qualquer informação — mesmo verídica — que venha impactar de forma negativa e que seja capaz de macular a imagem de uma pessoa, sabotando e pondo em risco seu projeto de vida e suas re-

77 BRASIL. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível*. 0363103-46.2013.8.19.0001. Apelante: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. Apelado: OS MESMOS. Relatora: DES. CLAUDIA PIRES DOS SANTOS FERREIRA. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000428654F1127F150E9668691249A9C5D2DC5064A3A614B&USER=>>>. Acesso em: 26 out. 2017.

78 BRASIL. Poder Judiciário. Supremo Tribunal federal. *Recurso Extraordinário n. 1010606*. Recorrente: NELSON CURTI E OUT-RO (A/S). Recorrido: GLOBO COMUNICACAO E PARTICIPACOES S/A. Relator: MIN. DIAS TOFFOLI. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5091603>>. Acesso em: 20 out. 2017.

79 BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial n. 573.215 - RS (2014/0220052-1)*. Agravante: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Agravado: AFRANIO FRANCISCO COSTA. Relator: MINISTRO SÉRGIO KUKINA. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_AGRG-ARESP_573215_f3ab2.pdf?Signature=S1AJN0zVMOWFVDvICQIoG%3D&Expires=1508900323&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=6a6ef8c1a9e23d04f4d5c5f628d8799e>. Acesso em: 24 out. 2017.

lações, sendo capaz de causar-lhe uma morte social e virtual, além de ser apta a gerar indenização ao lesado, deve ser albergada pelo direito ao esquecimento.⁸⁰

Para reforçar o que se afirma, colacionam-se excertos do Acórdão que condenou a Rede Globo no caso Chacina da Candelária, acima mencionado. No voto do Relator, se depreende que a tese do direito ao esquecimento foi aplicada mesmo ante a uma notícia verídica (o que representa um avanço em relação ao julgamento do caso Aída Curi), mas que, por não ser contemporânea a sua (nova) veiculação, é capaz de transformá-la em ato ilícito:

Nos presentes autos, o cerne da controvérsia transita exatamente na ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, a qual, segundo o entendimento do autor, reabriu antigas feridas já superadas e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole, circunstância que lhe teria causado abalo cuja reparação ora se pleiteia. [...]

A tese do autor é a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, *nos quais se envolveu*, mas que, posteriormente, fora inocentado. [...]

Porém, sem nenhuma dúvida, mais grave que a venda ou a entrega graciosa da privacidade à arena pública, como uma nova mercadoria para o consumo da coletividade, é sua expropriação contra a vontade do titular do direito, *por vezes um anônimo que pretende assim permanecer*. [...]

A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar. [...]

Embora a notícia inverídica seja um obstáculo à liberdade de informação, *a veracidade da notícia não confere a ela inquestionável licitude*, muito menos transforma a liberdade de imprensa em um direito absoluto e ilimitado.⁸¹

Sob essa ótica, há decisões nos tribunais superiores brasileiros que seguem no sentido de determinar a retirada de informações danosas a alguém que estejam hospedadas em sites e blogs, por exemplo, inclusive, estendendo essa determinação aos indexadores de sites de buscas:

[...] RETIRADA DE BLOG CONTENDO INFORMAÇÕES DESABONADORAS EM SITE DE BUSCAS. 1. [...] [...] Prolonga-se o dano enquanto perdurar a disponibilidade da página ao público. Presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Medida cautelar que, de fato, era de ser concedida. Sentença mantida. Recurso desprovido. [...] Nesse sentido, afirmou que, inobstante houvesse ocorrido a exclusão do Blog em questão, sua visualização ainda seria possível, em razão de outro produto disponibilizado por esta Recorrente, que sequer foi objeto da lide, qual seja, o Google Search.. [...] Ante o exposto, nego provimento ao agravo em recurso especial. Publique-se. Brasília-DF, 04 de maio de 2015. MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator. (STJ - AREsp: 690054 SP 2015/0075096-3, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Publicação: DJ 20/05/2015).⁸²

Ademais, é preciso se ter em mente que a discussão sobre o direito ao esquecimento não deve se res-

80 RUSTAD, Michael L; KULEVSKA, Sanna. Reconceptualizing the Right to Be Forgotten to Enable Transatlantic Data Flow (July 6, 2015). *Harvard Journal of Law and Technology*, v. 28, p. 349-417, 2015; Suffolk University Law School Research Paper No. 15-27. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2627383>>. Acesso em: 29 out. 2017. p. 369.

81 BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). Recorrente: GLOBO COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S/A. Recorrido: JURANDIR GOMES DE FRANÇA. Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2017.

82 BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial* n. 690.054 - SP (2015/0075096-3). Agravante: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. Agravado: HANIEL MÁRCIO HITNER ROCHA DA SILVA. Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_ARESP_690054_0f73e.pdf?Signature=RfxBJCPNjbb6mnpO2q2kvfsvBw%3D&Expires=1508901528&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=33b638d686058da5de7385c52a43f16c>. Acesso em: 24 out. 2017.

tringir apenas à intimidade e à privacidade. Igualmente, não pode ser considerado como um ato de censura prévia, mas um elemento que reforça a dignidade da pessoa humana como um direito fundamental.

Na prática, há que se fazer ponderações⁸³. Como retratado nos tópicos anteriores, o direito à intimidade, honra e vida privada existe em igualdade de importância com o direito à liberdade de expressão e pensamento. É necessário se fazer a devida adequação, sob seu viés proporcional, quando da análise de casos práticos.

Essa é a afirmação feita pelo Ministro do STJ, Luís Felipe Salomão, quando este afirma que: “É preciso um ponto de equilíbrio, tendo em vista a razoabilidade e o interesse público. Nem tanto ao mar, nem tanto à terra”, afirmou, ressaltando que não se trata de censura prévia, mas um direito posterior[...].”⁸⁴

Existem casos em que a própria pessoa é a autora da publicação de conteúdos que deseja remover. Ainda assim deve ser garantido o direito ao esquecimento, a exemplo de alguém que deseja que uma entrevista concedida no passado seja removida das redes sociais, ou mesmo de um cantor que deseja se ver desvinculado de um antigo sucesso musical. Existem diversos valores que podem ser ponderados, e não somente aqueles ligados à intimidade e à privacidade.

A propósito, foi publicado o Enunciado nº 531, resultante da 6ª Jornada Civil do Conselho da Justiça Federal, no qual declara o direito ao esquecimento, face à dignidade da pessoa humana, diante das inúmeras novas tecnologias de informação, que geram danos irreparáveis ao direito fundamental à intimidade e à privacidade. Não se atribuindo a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, apenas assegurando a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.⁸⁵

6. MOTOR DE BUSCA: A MÁQUINA DE TORTURA KAFKIANA

O motor de busca é o nome comumente utilizado para o gênero de aplicativos, como o Google, que promove a consulta de informações armazenadas na Internet. Ele permite que uma pessoa solicite conteúdos de acordo com um critério específico, e responde com uma lista de referências que combinam com tal critério.

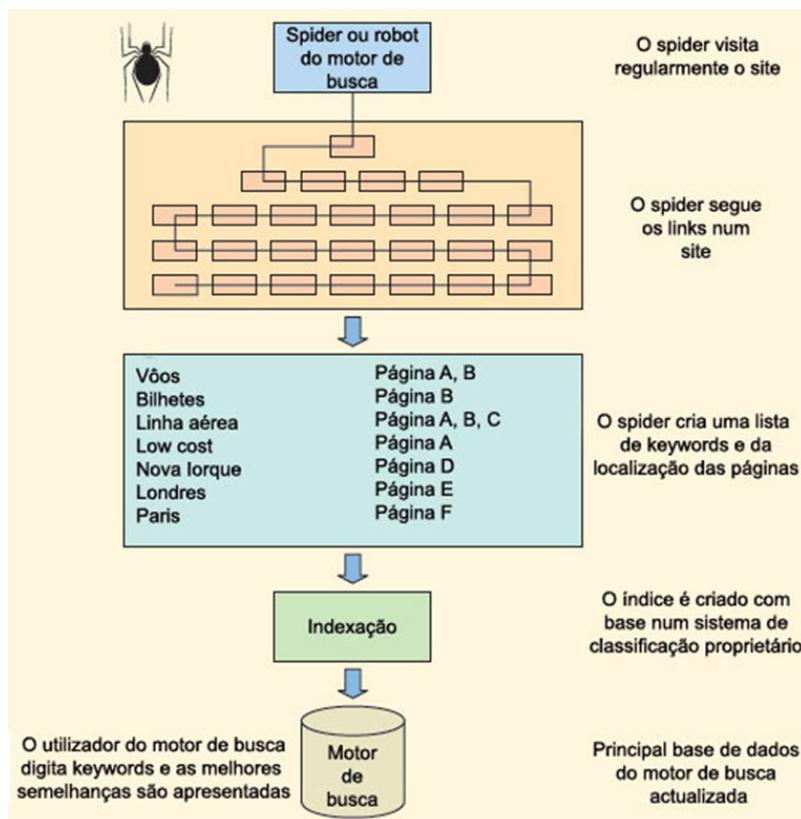
Os sistemas de buscas podem ser divididos em três componentes: o crawler (ou spider), que é responsável por coletar informações das diversas páginas na internet, o índice, que é a base de dados massiva criada pelo crawler e, por fim, o sistema runtime, que faz a ligação entre a consulta e o software de busca, tornando os dados constantes no índice, inteligíveis para o usuário.

83 Rocha, Cunha e Oliveira refletindo sobre o direito ao esquecimento e os outros com que colide, afirmam que “[...] mesmo sendo debatido por décadas e já tendo chegado às discussões das cortes superiores, ainda é muito impreciso o balanceamento entre tal direito ao esquecimento e outros com que recorrentemente colide, especialmente as liberdades clássicas de expressão e informação [...]”. ROCHA, Maria Vital da; CUNHA, Isaac Rodrigues; OLIVEIRA, Karin de Fátima Rodrigues. Esquecimento, internet e “preferência” da informação: possibilidades de aplicação da doutrina dos *preferred rights* da jurisprudência norte-americana ao caso brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

84 GALLI, Marcelo. *Feridas abertas*: Igualar direito ao esquecimento à censura é “cortina de fumaça” diz Salomão. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-08/colar-direito-esquecimento-censura-diversionismo-salomao>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

85 ENUNCIADOS aprovados na VI jornada de direito civil. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130607-02.pdf>. Acesso em: 14 out. 2017.

Figura: Estágios envolvendo a criação de índices de busca.



Fonte: CHAFFEY, 2006, p. 278⁸⁶.

Uma vez indexadas as páginas, são definidos critérios para a apresentação dos resultados de uma consulta. O aplicativo, que está baseado em tecnologias de pesquisa, processa as informações baseado em métricas, retornando os endereços de páginas que melhor atendem à pesquisa formulada. Os algoritmos de ordenação, por serem considerados pontos-chave do negócio dos motores de busca, são mantidos em segredo. Trata-se de uma espécie de índice remissivo que busca nos mais diversos provedores de conteúdo links relativos ao critério solicitado.

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça,

O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. REsp nº 1.316.921 –RJ, 26.06.2012, STJ.⁸⁷

Dessa forma, os sites de busca estão associados a um sistema de banco de dados que serve de base para as pesquisas na rede pelos programas chamados “robôs” ou “aranhas”, os quais varrem a Internet e gravam o texto de todos os sites que encontram, em um ritmo de algumas centenas de páginas por segundo.⁸⁸

Assim, de acordo com Hélio Ferreira Moraes,

86 CHAFFEY, Dave et al. *Internet marketing: strategy, implementation and practice*. 3. ed. Harlow: Prentice Hall, 2006.

87 BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* n. 1.316.921 - RJ (2011/0307909-6). Recorrente: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. Recorrido: MARIA DA GRAÇA XUXA MENEGHEL. Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22026857/recurso-especial-esp-1316921-rj-2011-0307909-6-stj/inteiro-teor-22026859?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24 out. 2017.

88 MORAES, Hélio Ferreira. *Conceito dos buscadores*: Buscador não é provedor de conteúdo!!!! É índice de conteúdos!!!! Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/ciencia-tecnologia/artigos/Responsabilidade%20dos%20buscadores.pdf/download>>. Acesso em: 14 out. 2017.

O programa de busca guarda as informações da posição de cada palavra nos sites varridos e o tamanho em que ela aparece, pois esse é um dos *critérios para ranqueamento* das pesquisas.

Além do tamanho das palavras o fator que mais influi no ranqueamento das buscas é a quantidade de links que apontam para o site.

Alguns algoritmos também concedem um valor especial para o ranqueamento dos links de páginas que também são apontados por muitas outras.

O fato do link que leva à página dar uma informação extra que complemente a informação buscada também influi no ranqueamento.⁸⁹

Nesse sentido, não se pode afastar a responsabilidade dos buscadores pelos danos que possam vir a causar, pois, independentemente de serem gratuitos, possuem ganhos indiretos a partir dos ranqueamentos que apresentam. Sua operacionalização é capaz de gerar resultados, por exemplo, tanto de propaganda enganosa como de informações que atentem contra a imagem e a dignidade das pessoas.

Flávio Alves Martins, assim, exemplifica:

Outra forma de lesão ao consumidor é a publicidade enganosa como, por exemplo, sob a técnica denominada metatag, que consiste na utilização de palavras-chave nos searchers (buscadores), de forma indevida, isto é, incluir palavras bastante utilizadas para que o consumidor as acesse, mesmo que nada tenham com o conteúdo por ele procurado.⁹⁰

Quanto aos resultados que atentam contra a imagem das pessoas e que fundamentam o direito ao esquecimento e a reparação fundada neste, remete-se novamente à reflexão kafkiana.⁹¹ Os motores de busca, à semelhança da máquina de tortura, provocam danos e deixam as suas marcas. Não é possível sustentar que estes apenas apresentem os resultados encontrados, sem efetuar qualquer análise ou juízo de valor. Os motores de busca mensuram e avaliam a qualidade do conteúdo a ser exibido. Portanto, há prestação de serviço, uma relação de consumo que precisa ser considerada pelo Judiciário quando existe alegação de lesão posta sob julgamento.

A Ministra Nancy Andrighi – STJ (REsp 1192208) destacou, em seu julgado, que nem a gratuidade do serviço prestado pelo provedor nem seu aspecto virtual são capazes de descaracterizar a relação de consumo, mantendo a condenação do Google à indenização.

[...] 2. O fato do serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração” contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. [...] 5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada. 6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. [...] ⁹².

Em sentido contrário, afastando a responsabilidade e o dano — julgado pela mesma Ministra e no mesmo ano em patente não uniformidade:

89 MORAES, Hélio Ferreira. *Conceito dos buscadores*: Buscador não é provedor de conteúdo!!! É índice de conteúdos!!!! Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/ciencia-tecnologia/artigos/Responsabilidade%20dos%20buscadores.pdf/download>>. Acesso em: 14 out. 2017.

90 MARTINS, Flávio Alves. Defesa do consumidor na rede. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano 4, n. 4, 2004. p. 141-165. Disponível em: <<http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista04e05/Docente/09.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2017. p. 145.

91 A narrativa repete boa parte das obras kafkianas, o condenado não sabe qual o seu crime, qual a sua sentença e, muito menos, como ela será executada. Sua experiência futura de vida é quem irá dizer o quão profundas serão as consequências de seu “crime”.

92 BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* n. 1.192.208 - MG (2010/0079120-5). Recorrente: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. Recorrido: ROBERTO SANTOS BARBIERI. Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22209374/recurso-especial-resp-1192208-mg-2010-0079120-5-stj/relatorio-e-voto-22209376>>. Acesso em: 27 out. 2017.

[...] 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. 4. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas. [...]. 6. *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 uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página.*⁹³

As diversas posições e julgamentos não uniformes — mesmo diante de fatos semelhantes — põem em risco o direito ao esquecimento e, portanto, a dignidade das pessoas. Causa a sensação de intranquilidade de que, a qualquer momento, podem ser excluídas da rede pela simples possibilidade (no tempo de um clique⁹⁴) de virem à tona fatos de seu passado (verídicos ou não) não aceitos pelo grupo.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os motores de busca bem representam as máquinas de tortura kafkiana da sociedade em rede, assumindo o papel destas quando deixam, de forma indelével, as marcas de atos do passado na vida das pessoas. Sua materialização se mostra efetiva sempre que se põem a “triturar a carne” daqueles que, sob a forma de resultados, têm sua vida devassada na internet. Não há como se esconder.

São capazes de prejudicar e, às vezes, inviabilizar diversos projetos de vida ao mesmo tempo, em nome de uma suposta liberdade de informação. Os torturados sofrem “na própria carne” as sequelas do que circula sobre si na internet. As suas experiências de vida futura é que vão dizer a profundidade das consequências de seus “crimes”, que nunca são esquecidos.

Uma informação falsa reverberada infinitamente toma ares de verdade, causando dor e sofrimento aos envolvidos. O mesmo tratamento deve ser dado a um fato verdadeiro, mas que, ante a distância do tempo em que ocorreu e o momento de sua nova divulgação, faz com que a dor seja renovada. Defende-se, inclusive, a extensão desse direito àqueles casos em que, mesmo que o fato não seja considerado amplamente negativo, o envolvido não deseja estar vinculado à sua ocorrência.

Esses casos são defendidos como objeto de reparação judicial de caráter indenizatório e passível de terem suas informações retiradas dos resultados dos buscadores. Algumas informações devem ficar no passado a que pertencem, fazem parte da intimidade, da vida privada e da honra das pessoas, integrando a dignidade humana e, portanto, pertencente aos direitos fundamentais.

93 BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* n. 1.316.921 - RJ (2011/0307909-6). Recorrente: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. Recorrido: MARIA DA GRAÇA XUXA MENEGHEL. Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22026857/recurso-especial-resp-1316921-rj-2011-0307909-6-stj/inteiro-teor-22026859?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24 out. 2017.

94 O texto do PL nº 2.126, de 2011 (convertido na Lei 12.965/2014 - Marco Civil da Internet), buscou definir de uma maneira geral as atividades envolvendo certos prestadores de serviço na Internet e suas responsabilidades: “Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário”. BRASIL. Poder Legislativo. *Lei 12.965/2014 - Marco Civil da Internet*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

A análise dos casos denota como o direito ao projeto de vida, quando em confronto com o direito à liberdade de expressão e veiculação de informações, vem sendo tratado pelos motores de busca no Brasil. Não se nega que a ponderação desses direitos deve ser realizada no caso concreto, tentando afastar o abuso de direito vedado pelo Ordenamento.

Nesse sentido, defende-se a regulamentação do direito ao esquecimento como forma de proteção à existência da pessoa e ao seu projeto de vida. Não se compreendendo dessa forma os “moedores” de reputação seguirão causando morte social e virtual sem limites.

A análise dos julgados da justiça brasileira, realizados por amostragem, não representando uma pesquisa empírica, demonstra a fragilidade e não uniformidade das suas decisões. Esse posicionamento claudicante tem se tornado um verdadeiro incentivo à postagem e à repetição de informações, verdadeiras ou não, atuais ou não, em total desproporcionalidade, muitas vezes, com a veracidade e contemporaneidade dos fatos veiculados. Simplesmente não se reflete profundamente sobre as consequências dessa veiculação, compartilhando-se.

Ressalta-se que há questões que devem ser analisadas no momento de aplicação do direito ao esquecimento, como por quanto tempo essas informações deveriam ficar no esquecimento, sem aparecer como resultado nos motores de busca, ser analisado se existe interesse público na informação ou esta é afeta apenas à pessoa interessada e quais as implicações desse direito para o direito de manifestação e liberdade de expressão legítimo de pessoas ou grupos.

O direito ao esquecimento não se presta a servir de biombo aos malfeitos daqueles que ocupam ou deixam ocupar funções públicas. Não se presta, ainda, a dificultar o acesso às informações relevantes para a sociedade. O interesse público, dados históricos para fins de pesquisas científicas e estatísticas, informações relevantes para o exercício ou defesa de um direito em um processo judicial, dentre outros, devem ser preservados.

O direito ao esquecimento representa uma proposta nobre, que não deve ser confundida. Trata-se da garantia de que todos podem seguir suas vidas, dentro de suas escolhas, sem se permitir que o passado crie obstáculos desnecessários aos seus futuros. Livres das correntes do passado, as pessoas podem ao mesmo tempo que se conhecem, tornarem-se verdadeiramente o que são.

Na regulação europeia, aquele que deseja que as informações a seu respeito sejam suprimidas das pesquisas deve requisitar diretamente ao buscador, o que já se tornou realidade, sem que qualquer dificuldade técnica tenha sido apontada. O equilíbrio da proposta europeia surge como a melhor solução. A sabedoria impõe limites ao próprio conhecimento, devendo-se evitar os excessos. É somente por meio da liberdade, proporcionada pelo direito ao esquecimento, que as pessoas estarão e se sentirão livres para efetuar suas escolhas e seguir os caminhos que bem determinem.

Á guisa de conclusão, defende-se que se faz necessária a regulação do direito ao esquecimento, a fim de que sejam demarcados os limites de sua utilização. É preciso ter o devido cuidado para que ele não se constitua um meio para que graves atos praticados sejam esquecidos. A memória da coletividade e a sua própria história devem ser preservadas. Entretanto, é preciso que se garanta a proteção da vida daqueles que possam ter sua dignidade atingida por um desprezioso clique.

REFERÊNCIAS

ACIOLI, Bruno de Lima; EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. Uma agenda para o direito ao esquecimento no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

BARROS, Bruno Mello Correa de; OLIVEIRA, Rafael Santos de. O poder político e a mídia de massa: a

perspectiva da fiscalização de concessões e outorgas de radiodifusão no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 7, n. 2, p. 369-383, ago. 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2531/pdf_1>. Acesso em: 01 dez. 2017.

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

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BAYER, Diego. Na série “Julgamentos Históricos”: Aída Curi, o Júri que marcou uma época. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/13/na-serie-julgamentos-historicos-aida-curi-o-juri-que-marcou-uma-epoca/>>. Acesso em: 14 out. 2017.

BENNETT, Steven C. The “Right to Be Forgotten”: Reconciling EU and US Perspectives. *Berkeley Journal of International Law*. v. 30, Issue 1, Article 4, p. 161-195. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol30/iss1/4>>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. Ministério Público da União. *Parecer nº No 156.104/2016 PGR-RJMB. Processo nº 833.248/RJ. EMENTA: Constitucional e civil. Recurso extraordinário. Tema 786. Direito a esquecimento. Aplicabilidade na esfera civil quando invocado pela vítima ou por seus familiares. Danos materiais e morais. Programa televisivo. Veiculação de fatos relacionados à morte da irmã dos recorrentes nos anos 1950. Procurador: Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Brasília, 11 de julho de 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ARE833248parecerpgrdireitoesquecimento.pdf>>. Acesso em: 04 dez. 2017.*

BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial* n. 573.215 - RS (2014/0220052-1). Agravante: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Agravado: AFRANIO FRANCISCO COSTA. Relator: MINISTRO SÉRGIO KUKINA. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_AGRG-ARESP_573215_f3ab2.pdf?Signature=S1AJN0zVMOWFVDv1CQIoG%2BShnc0%3D&Expires=1508900323&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=6a6ef8c1a9c23d04f4d5c5f628d8799e>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial* n. 690.054 - SP (2015/0075096-3). Agravante: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. Agravado: HANIEL MÁRCIO HITNER ROCHA DA SILVA. Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_ARESP_690054_0f73e.pdf?Signature=RfxBJCPNjbb6mnpO2q2kvfsvBw%3D&Expires=1508901528&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=33b638d686058da5de7385c52a43f16c>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* n. 1.434.498 - SP (2013/0416218-0). Recorrente: CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA. Recorrido: CÉSAR AUGUSTO TELES e outros. Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38041824&num_registro=201304162180&data=20150205&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* N° 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). Recorrente: GLOBO COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S/A. Recorrido: JURANDIR GOMES DE FRANÇA. Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2017.

BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* n. 1.316.921 - RJ (2011/0307909-6). Recorrente: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. Recorrido: MARIA DA GRAÇA XUXA MENEGHEL. Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22026857/recurso-especial-resp-1316921-rj-2011-0307909-6-stj/inteiro-teor-22026859?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* n. 1.192.208 - MG (2010/0079120-5). Recorrente: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. Recorrido: ROBERTO SANTOS BARBIERI. Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22209374/recurso-especial-resp-1192208-mg-2010-0079120-5-stj/relatorio-e-voto-22209376>>. Acesso em: 27 out. 2017.

BRASIL. Poder Judiciário. Supremo Tribunal federal. *Recurso Extraordinário* n. 1010606. Recorrente: NELSON CURI E OUTRO(A/S). Recorrido: GLOBO COMUNICACAO E PARTICIPACOES S/A. Relator: MIN. DIAS TOFFOLI. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5091603>>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível. 0363103-46.2013.8.19.0001. Apelante: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. Apelado: OS MESMOS. Relatora: DES. CLAUDIA PIRES DOS SANTOS FERREIRA. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000428654F1127F150E9668691249A9C5D2DC5064A3A614B&USER=>>>. Acesso em: 26 out. 2017.

BRASIL. Poder Legislativo. *Lei 12.965/2014* - Marco Civil da Internet. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

CALVINO, Ítalo. *Invisible cities*. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1974.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; CARMONA, Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli. A aplicação do direito ao esquecimento aos agentes delitivos: uma análise acerca da ponderação entre o direito à imagem e as liberdades de expressão e de informação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

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

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em rede*. Trad. Roneide Venancio Majer. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

CASTRO, Jessica Luana. *Relações de bolso*: Sobre o estado paradoxal de se relacionar diante da fluidez das relações modernas. TRENDR. Disponível em: <<https://trendr.com.br/relacoes-de-bolso-320a39aa5cbf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

CHAFFEY, Dave et al. *Internet marketing: strategy, implementation and practice*. 3. ed. Harlow: Prentice Hall, 2006.

COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da comissão ao parlamento europeu, ao conselho, ao comité económico e social europeu e ao comité das regiões*: Uma abordagem global da protecção de dados pessoais na União Europeia. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0006/com_2010_609_pt.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamento dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

COSTA, José Augusto Fontoura; MINIUCI, Geraldo. Não adianta nem tentar esquecer: um estudo sobre o direito ao esquecimento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

DINIZ, Maria Helena. Uma visão constitucional e civil do novo paradigma da privacidade: o direito a ser esquecido. *Revista Brasileira de Direito*. v. 13, n. 2, p. 7-25, mai./ago. 2017.

DOTTI, René Ariel. O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data. In: WAMBIER, Teresa. (Coord.). *Habeas Data*. São Paulo: RT, 1998.

EM DEBATE no STF, especialistas divergem sobre direito a esquecimento. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/06/1892422-em-debate-no-stf-especialistas-divergem-sobre-direito-a-esquecimento.shtml>>. Acesso em: 14 out. 2017.

ENUNCIADOS aprovados na VI jornada de direito civil. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130607-02.pdf>. Acesso em 14 out. 2017.

ESTADOS UNIDOS. Califórnia. *Senate Bill nº 568*. Disponível em: <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB568>. Acesso em: 10 out. 2017.

FICO, Carlos. A negociação parlamentar da anistia de 1979 e o chamado “perdão aos torturadores”. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 4. jul./dez. 2010.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Disponível em: <<http://petletras.paginas.ufsc.br/files/2017/03/foucault-microfisica-do-poder.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017.

GALLI, Marcelo. *Feridas abertas*: Igualar direito ao esquecimento à censura é “cortina de fumaça” diz Salomão. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-08/colar-direito-esquecimento-censura-diversionismo-salomao>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

GOFFMAN, Erving. *A representação do eu na vida cotidiana*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GOMES, Marlene; SOUZA, Renato. *Audiência pública no STF debate o direito ao esquecimento*. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2017/06/12/internas_polbraeco,602085/audiencia-publica-no-stf-debate-o-direito-ao-esquecimento.shtml>. Acesso em: 02 dez. 2017.

KAFKA, Franz. *A metamorfose*. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

KAFKA, Franz. *O castelo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

KAFKA, Franz. *O veredicto / Na colônia penal*. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

KAFKA, Franz. *Um artista da fome / A construção*. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KLIMA, Ivan. *Love and garbage*. Trad. Ewald Osers. Londres: Vintage, 2002.

LAUDER, Karl-Heinz. New institutions for the protection of privacy and personal dignity in internet communication – “information broker”, “private cyber courts” and network of contracts. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 3, n. 2, p. 282-296. jul./dez. 2013. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2531/pdf_1>. Acesso em: 01 dez. 2017.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento: discussão europeia e sua repercussão no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/199/ril_v50_n199_p271>. Acesso em: 24 out. 2017.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 4, n. 2, p. 10-11, jul./dez. 2014. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2835>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

MACHADO, Joana; NEGRI, Sergio. Ensaio sobre a promessa jurídica do direito ao esquecimento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

MARIZ, Renata. *Direito ao esquecimento não pode ferir o coletivo*. Infoglobo/O Globo. Disponível em: <http://aarffsa.com.br/noticiasnovas/noticia_22082017092727.pdf>. Acesso em: 14 out. 2017.

MARTINS, Flávio Alves. Defesa do consumidor na rede. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano 4, n. 4, 2004. p. 141-165. Disponível em: <<http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista04e05/Docen->

te/09.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete, the virtue of forgetting in the digital age*. Princeton: Princeton university Press, 2009.

MEZZANOTTE, M. *Il diritto all'oblio*: contributo allo studio della privacy storica. Nápoles: Edizioni scientifiche italiane (collana Università di Teramo), 2009.

MORAES, Hélio Ferreira. *Conceito dos buscadores*: Buscador não é provedor de conteúdo!!! É índice de conteúdos!!!!. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/cienciatecnologia/artigos/Responsabilidade%20dos%20buscadores.pdf/download>>. Acesso em: 14 out. 2017.

NEWMAN, Saul. *Stirner e Foucault*: em direção a uma liberdade pós-kantiana. Verve. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5339/3821>>. Acesso em: 20 out. 2017.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Crepúsculo dos ídolos*: filosofia a golpes de martelo. Trad. Edson Bini e Márcio Pugliesi. São Paulo: Hemus, 1984.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Fragments do espólio*: primavera de 1884 a outono de 1885. Trad. Flávio R. Kothe. Brasília: Universidade de Brasília, 2008.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Segunda consideração intempestiva*: da vantagem e desvantagem da história para a vida. Trad. Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Liberdade de expressão e internet*: Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão Comissão Interamericana de Direitos Humanos. OAS: Cataloging-in-Publication Data, 2013. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/2014%2008%2004%20Liberdade%20de%20Express%C3%A3o%20e%20Internet%20Rev%20HR_Rev%20LAR.pdf>. Acesso em 02 dez. 2017.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. *Grave problema de saúde pública, suicídio é responsável por uma morte a cada 40 segundos no mundo*. Disponível em: <http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5221:grave-problema-de-saude-publica-suicidio-e-responsavel-por-uma-morte-a-cada-40-segundos-no-mundo&Itemid=839>. Acesso em 14 out. 2017.

PIZZETTI. *Il prisma del diritto all' oblio, in Franco Pizzetti*: Il caso del diritto all' oblio. Torino: Giappichelli, 2013.

POE, Edgar Allan. *O corvo*. Trad. Fernando Pessoa. Disponível em: <<http://www.revistaprosaverso.com/o-corvo-edgar-allan-poe-traducao-fernando-pessoa/>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

ROCHA, Maria Vital da; CUNHA, Isaac Rodrigues; OLIVEIRA, Karin de Fátima Rodrigues. Esquecimento, internet e "preferência" da informação: possibilidades de aplicação da doutrina dos *preferred rights* da jurisprudência norte-americana ao caso brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

RUSTAD, Michael L; KULEVSKA, Sanna. Reconceptualizing the Right to Be Forgotten to Enable Transatlantic Data Flow (July 6, 2015). *Harvard Journal of Law and Technology*, v. 28, p. 349-417, 2015; Suffolk University Law School Research Paper No. 15-27. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2627383>>. Acesso em: 29 out. 2017.

SANTANA, Héctor Valverde; VIANA, Rafael Souza. O compartilhamento de dados e informações pessoais de consumidores: o abuso dos fornecedores e as propostas apresentadas no PLS 181/2014. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 7, n. 1, p. 237-253. abr. 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2531/pdf_1>. Acesso em: 01 dez. 2017.

SARLET, Ingo W. *Temas da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimentoanterior-internet>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

SCHREIBER, Anderson. Nossa ordem jurídica não admite proprietários de passado. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-12/anderson-schreiber-nossas-leis-nao-admitem-proprietarios-passado>>. Acesso em 14 out. 2017.

SESSAREGO, Carlos Fernández. *Apuntes sobre el daño a la persona*. Disponível em: <http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_4.PDF>. Acesso em: 20 out. 2017.

SESSAREGO, Carlos Fernández. *El “dano a la libertad fenomênica” o “daño al proyecto de vida” em el escenario jurídico contemporáneo*. Disponível em: <<http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2008/Sessarego2.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

SILVA, Alexandre Antonio Bruno da. *Nietzsche: justiça e direito*. São Paulo: Lumen Juris, 2015.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VOLOKH, Eugene; FALK, Donald M. *First amendment protection for search engine search results -- white paper commissioned by google* (April 20, 2012). UCLA School of Law Research Paper No. 12-22. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2055364>>. Acesso em: 29 out. 2017.

WALTER, Robert Kirk. The right to be forgotten. *64 Hastings Law Journal* 257, p. 256-286, Dec. 2012. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2017967>>. Acesso em 22 out. 2017.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Esquecimento, internet e “preferência” da informação: possibilidades de aplicação da doutrina dos *preferred rights* da jurisprudência norte-americana ao caso brasileiro

Forgottening, internet and “preference” of information: Possibilities of application of the doctrine of preferred rights of the North American jurisprudence to the Brazilian case

Maria Vital da Rocha

Isaac Rodrigues Cunha

Karin de Fátima Rodrigues Oliveira

Esquecimento, *internet* e “preferência” da informação: possibilidades de aplicação da doutrina dos *preferred rights* da jurisprudência norte-americana ao caso brasileiro*

Forgottening, internet and “preference” of information: Possibilities of application of the doctrine of preferred rights of the North American jurisprudence to the Brazilian case

Maria Vital da Rocha**

Isaac Rodrigues Cunha***

Karin de Fátima Rodrigues Oliveira****

RESUMO

A *internet* se configurou como meio precípua de comunicação entre as pessoas, criando um “espaço virtual” praticamente sem arestas ou limites, com igualmente ilimitadas informações. Com efeito, o assim chamado “direito ao esquecimento” acaba por ser tensionado nesse cenário, quando acontecimentos delicados, ocorridos há tempos, são facilmente (re)encontrados nas páginas pela rede. Nesse sentido, questiona-se a aplicabilidade à realidade jurídica brasileira da Teoria dos *Preferred Rights* (“liberdades preferidas”), tal qual concebida na doutrina e, especialmente, na jurisprudência constitucional estadunidense, quando do confronto das prerrogativas fundamentais que requerem um acesso livre e desimpedido às informações postas na rede com aquelas que reclamam respeito à privacidade, à intimidade e à responsabilidade por tais informações. A originalidade do trabalho reside em investigar se deve, por que deve e quando deve haver uma “posição de preferência” do direito à informação sobre o direito ao esquecimento. A metodologia seguiu a leitura de livros, artigos de periódicos e documentos, classificando-se a pesquisa como bibliográfico-documental, pura e descritiva. Partiu-se dos conceitos basilares envolvendo os direitos em conflito e seu tratamento na jurisprudência pátria para investigar quão adequado seria defender a preferência de um sobre o outro. Como conclusões, considera-se que somente deve haver preferência da premissa coletiva de acesso à informação sobre a particular garantia de esquecimento quando: i) as informações possuírem relevância política ou social; ii) o meio utilizado para divulgação, no exercício da liberdade de expressão, preserva o nome e a imagem do interessado; e iii) o caráter cívico da informação supera sua exploração econômica.

Palavras-chave: Esquecimento. Internet. Preferred rights.

* Recebido em 31/10/2017
Aprovado em 15/12/2017

** Pós-Doutoranda em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutorado em Direito Civil pela Universidade de São Paulo; “Perfezionamento” em Direito Romano na Universidade de Roma La Sapienza, graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará e graduação em Letras pela Universidade Estadual do Ceará. Atualmente é Professora Adjunta de Direito Civil, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Email: mavital@secrel.com.br

*** Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, com Área de Concentração em Ordem Jurídica Constitucional. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor da Faculdade do Maciço de Baturoidé/CE. Assessor Jurídico da Promotoria de Justiça de Acarape/CE. Email: isaac.rodrigues.cunha@gmail.com

**** Bacharel em Ciências da Computação pela Universidade Federal do Ceará. Técnica em Informática pela Escola Estadual de Ensino Profissionalizante Elsa Maria Porto Costa Lima. Tem experiência em Ciências da Computação. Email: karindefatima@gmail.com

ABSTRACT

The internet has been configured as the primary means of communication between people, creating a virtual space with virtually no boundaries or limits, with equally unlimited information. Indeed, the so-called “right to oblivion” ends up being strained in this scenario, when delicate facts, long occurred, are easily (re) found on the pages by the network. In this sense, the applicability to the Brazilian legal reality of the preferred rights theory, as conceived in doctrine and especially in US constitutional jurisprudence, is questioned when confronting the fundamental prerogatives that require free access and unimpeded to the information posted on the network with those that claim respect for privacy, privacy and responsibility for such information. The originality of the work lies in investigating whether it should, why and when there should be a “preferred position” of the right to information on the right to forgetfulness. The methodology followed the reading of books, articles of periodicals and documents, classifying the research as bibliographic-documentary, pure and descriptive. It was based on the basic concepts involving the rights in conflict and their treatment in the jurisprudence of the mother country to investigate how adequate it would be to defend the preference of one over the other. As conclusions, it is considered that there should only be preference of the collective premise of access to information on the particular guarantee of forgetfulness when: i) the information has political or social relevance; ii) the medium used for the dissemination, in the exercise of freedom of expression, preserves the name and image of the person concerned; and iii) the civic character of the information surpasses its economic exploitation.

Keywords: Right to be let alone. Internet. Preferred rights.

1. INTRODUÇÃO

Como consequência ou mesmo necessidade da assim chamada “Sociedade da Informação”, a *internet* conta já com diversas ferramentas de busca, como o *Google*[®], o *Bing*[®] e o *Ask*[®], as quais permitem aos usuários acessarem conteúdo demasiado diverso e de forma rápida e intuitiva. Os resultados gerados são um conjunto de *sites*, *blogs*, redes sociais, páginas e portais dos mais diversos, arquivos de imagem, música, vídeo e documentos para *download* etc. Tais resultados estão diretamente relacionados com as *tags*, com as palavras-chave pesquisadas, as quais orientam os famosos algoritmos de busca.

Com efeito, das mais variadas “páginas” tornadas públicas na *World Wide Web*, na “rede mundial”, sistema de documentos salvos em hipermídia — ou seja, reunidos de várias mídias num ambiente computacional, e que são interligados e executados via *internet* —, toda e qualquer informação pode ser obtida. A informação estará ali e será por um longo período de tempo alcançada pelo buscador por meio de seus algoritmos, dado que o armazenamento, em geral, tende a ser resistente ao tempo, a menos que seja modificada ou deletada a informação buscada pelos *hosts*, *i. e.* pelas máquinas ou computadores responsáveis por veicular tais dados.

Todo esse conteúdo, vinculado a um autor ou a diversos autores, em muito informa e entretém seus usuários, ao passo que possibilita a todos o acesso a um volume inimaginável de informações. Segundo estudo publicado na revista *Science Express*, calcula-se que a quantidade de informações produzidas na internet entre 1986 e 2007 chegou mesmo à ordem dos *exabytes*¹ — *i. e.*, 10¹⁸ *bytes* ou um bilhão de *gigabytes*: é tanta informação que nem é possível, com a tecnologia atual, catalogar-se a tudo.²

1 HILBERT, Martin. How much information is there in the world? *Science Daily*, Science News, 11 fev. 2011. Disponível em: <<https://www.sciencedaily.com/releases/2011/02/110210141219.htm>>. Acesso em: 20 set. 2017.

2 A pesquisa também demonstrou que, inobstante a tecnologia atual não consiga catalogar tudo o que está posto na *internet* como dados, essa mesma tecnologia permite, porém, que a humanidade possa armazenar mais e mais informação, dado que a capacidade de armazenamento cresce em torno de 25% ao ano (percentual levando em conta uma capacidade astronômica de armazenagem).

Ocorre que, nesse universo ou multiverso de informações, nem todos os dados tornados públicos possuem, realmente, veracidade ou compromisso com a verdade, tampouco relevância social. Tantas vezes não pautadas em questões nobres, como a informação ou a formação das pessoas, nem objetivando um lucro lícito (como no *webmarketing* ou *on-line shopping*, por exemplo), muitas publicações via *internet* apenas têm a intenção de que o maior número de pessoas as acesse e compartilhe, talvez em virtude dos “valores” da sociedade atual, em que pesa “ser parte de um todo” ou a busca por um sentimento de pertença etc. Nesse afã por *views* e *likes*³, acabam sendo publicados conteúdos distorcidos, descompromissados com a verdade dos fatos.

Como um dos exemplos mais emblemáticos nesse sentido, o caso de Fabiane Maria de Jesus, “linchada” em 2014 sob suspeita de praticar “bruxaria” ou “magia negra” contra crianças, vindo a falecer aos 5 dias de maio daquele ano: sua morte teria sido “fundada” em boatos de uma página da rede social *Facebook*[®], que veiculara um falso retrato falado de uma mulher a qual teria sequestrado crianças em Guarujá, São Paulo, para rituais ocultistas.⁴ Após três anos de sua morte, com apenas 5 (cinco) condenados entre os muitos envolvidos, Fabiane pode dar nome à lei que advier do PL n. 7544/2014, que aumenta de 1/3 (um terço) a pena de quem incitar crimes via *internet*, criando o tipo penal de “incitação virtual ao crime”.⁵

Por outro lado, diante de tal cenário, percebe-se diuturna a atenção doutrinária à eficácia e respeito aos chamados “direitos da personalidade” ou mesmo “direitos fundamentais da personalidade” especialmente no âmbito da *internet*, sobretudo depois da promulgação da Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, a qual estatuiu o chamado “Marco Civil da Internet” no Brasil, antecedida, porém, entre outras legislações nesse sentido, pela Lei n. 12.737/2012 (“Lei Carolina Dieckman”), que tipificou delitos informáticos.

Nesse sentido, o presente trabalho dedica-se a vislumbrar os contornos constitucionais do confronto entre o chamado direito ao esquecimento com o que se tem construído na doutrina em torno de um direito fundamental à informação, que se pretende efetivar, sobretudo, via *internet*, a qual também tem reconhecida sua essencialidade como meio e instrumento. No dizer de Victor Augusto de Paula, a própria *internet* pode ser compreendida como um “instrumento otimizador” dos direitos fundamentais⁶, razão pela qual uma potencial lesão, por meio de tal instrumento, carece de atenção pela academia.

O presente artigo, destarte, investiga a dialética existente entre a semântica desses dois direitos tidos, doutrinariamente, por fundamentais, apontando o que seria determinante para a “preferência” de um em relação ao outro, a fim de evitar o absolutismo de um ou do outro enquanto direito ou liberdade fundamental. Nesse sentido, chega-se (ou retorna-se, porque já não recente) a teoria construída na jurisprudência constitucional estadunidense, qual seja, a Teoria dos *Preferred Rights*, “direitos preferidos” ou “direitos de preferência”⁷, como proposta para estabelecer em que sentido o acesso à informação via *internet* deve prevalecer sobre o esquecimento.

A estrutura do presente artigo se inaugura com uma abordagem, a partir de revisão de literatura no assunto, do “estado da arte”, em se tratando dos conceitos fundamentais de “direito à informação” e “direito

3 Palavras que, valendo tal “profecia”, certamente acabarão por serem aportuguesadas, deixando de ser meros anglicismos, estrangeirismo, de tão utilizadas. Não por menos, a palavra *web*, pode ser encontrada no dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, como “nome pelo qual a rede mundial de computadores *internet* se tornou conhecida a partir de 1991, quando se popularizou devido à criação de uma *interface gráfica* que facilitou o acesso e estendeu seu alcance ao público em geral”. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1962.

4 D’AGOSTINO, Rosanne. Três anos depois, linchamento de Fabiane após boato na *web* pode ajudar a endurecer lei. *G1*, É ou não é?, São Paulo, 1 abr. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/e-ou-nao-e/noticia/tres-anos-depois-linchamento-de-fabiane-apos-boato-na-web-pode-ajudar-a-endurecer-lei.html>>. Acesso em: 25 set. 2017.

5 BRASIL. *Projeto de lei da câmara n. 7455, de 13 de maio de 2014*. Brasília: Congresso Nacional, 2014. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=615049>>. Acesso em: 15 set. 2017.

6 PAULA, Victor Augusto Lima de. *O acesso à internet como instrumento otimizador de direitos fundamentais*. 2014. 147 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza-CE, 2014. Disponível em: <<http://www.repositoriobib.ufc.br/000019/00001999.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

7 Alguém há que chama, mais desenvolvidamente, de “doutrina da posição preferencial”.

ao esquecimento”. Segue a verificação do tratamento que é conferido pela jurisprudência brasileira quando do conflito entre tais direitos, sobretudo na alçada do Superior Tribunal de Justiça, continuando, na seção de número três, com a análise da teoria da posição preferencial norte-americana, resgatando suas origens e aplicações. Como hipótese de trabalho, elege-se a ideia de que a informação, para que o acesso a ela seja preferido a seu esquecimento, deve possuir um *quantum* cívico, social e responsável, além de resguardar o nome e a identidade de quem quer “ser deixado sozinho”.

Em sede de metodologia, classifica-se a pesquisa, quanto ao tipo ou quanto às fontes utilizadas, como bibliográfica e documental, por basear-se na literatura já publicada sobre o assunto, explicando o problema com base em referências teóricas, além de utilizar igualmente como fontes documentos oficiais, sobretudo leis e julgados. Classifica-se, também, como pura quanto à utilização dos resultados, destinando-se, precipuamente, a ampliar o conhecimento dos autores no assunto. Classifica-se, por último, como descritiva, por descrever a realidade ou problemática a que se dedica.⁸

2. ACESSO À INFORMAÇÃO E ESQUECIMENTO COMO DIREITOS ANTAGÔNICOS E SEU TRATAMENTO NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Conforme salientam Diniz, Costa e Medeiros, a *internet* vem ressignificando o mundo dito “globalizado”, sendo a “responsável pela maior parte das mudanças que vêm acontecendo nas formas como vemos e tratamos [a] informação”, correspondendo à “base que auxilia a constante evolução da tecnologia da informação”.⁹ Nos dizeres de Karl-Heinz, Ladeur, a *internet* foi que “quebrou ou minou todas as fronteiras entre formatos, comunicação individual e de massa, conteúdo de comunicação e tecnologias de telecomunicações”.¹⁰ Nesse cenário, percebe-se que tanto o acesso à *internet*, enquanto meio de comunicação, quanto o acesso às informações nela constantes, configuram-se como direitos, e direitos ditos fundamentais, tamanha a relevância que lhes reconhece a própria semântica constitucional brasileira.

Ocorre que, nesse mesmo cenário, as premissas constitucionais e legais em torno da privacidade e da intimidade dos cidadãos, que também “fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro [...] nem sempre são respeitadas”.¹¹ Dessa sorte, ao passo que a imagem da *internet* como espaço político digital vem-se avultando mais e mais, é ela marcada por infindáveis contradições, sobretudo no caso dos discursos de ódio ou mesmo dos crimes cibernéticos mais variados.¹²

Realmente se fala numa “*ágora* digital”, numa “ciberdemocracia” numa “República.com”, na acepção de Cass Sustain¹³, ou, como chama Antonio-Enrique Pérez Luño¹⁴, numa “teledemocracia”, na qual o acesso à

8 BASTOS, Núbia Maria Garcia. *Introdução à metodologia do trabalho acadêmico*. 4. ed. Fortaleza: Nacional, 2006.

9 DINIZ, Igor Vinicius de Lucena; COSTA, Lucas dos Santos; MEDEIROS, Marcos Fernando M. Utilização da computação em nuvem no poder legislativo: percepções dos gestores e entraves ao uso. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 264-285, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4586/pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

10 LADEUR, Karl-Heinz. New institutions for the protection of privacy and personal dignity in internet communication – “information broker”, “private cyber courts” and network of contracts. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 281-296, 2013. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2531/pdf_1>. Acesso em: 6 dez. 2017.

11 SANTANA, Héctor Valverde; VIANA, Rafael Souza. O compartilhamento de dados e informações pessoais de consumidores: o abuso dos fornecedores e as propostas apresentadas no PLS 181/2014. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 246-263, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4579/pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2017.

12 Como exemplo emblemático (e sintomático) dos últimos meses, houve polêmico caso de racismo nas redes sociais envolvendo a filha do casal de artistas Bruno Gagliasso e Giovanna Ewbank. No dia 27 de novembro de 2017, Day McCarthy, figura controversa que se autoproclama *socialite*, “dedicou” vídeo postado em seu *blog* pessoal para desferir um sem número de ofensas à criança Titi, em razão de sua etnia africana, tendo chegado a chamá-la de “macaca”.

13 SUNSTEIN, Cass. *Republic.com*. Princeton: University Press, 2001.

14 LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Teledemocracia, ciber ciudadanía y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 10, 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2835/pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2017.

internet e a toda e qualquer informação nela contida são pontos fulcrais, especialmente numa sociedade que se diz “da informação”, “informatizada”. No dizer de Luño¹⁵, para as gerações de hoje, indignadas ou não com o estado das coisas, “está tudo na *internet*”, e o que não está não vale a pena conhecer. Salienta o mesmo autor que as Novas Tecnologias (NT) e as Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) “têm produzido novas formas de viver os valores democráticos, mas, como contraponto, têm engendrado também novos riscos para o exercício e a tutela das liberdades”.¹⁶

Frisa ainda Pérez Luño constantes intromissões na intimidade das pessoas, aquilo que chama de “colonização da vida privada”, ocasionadas inegavelmente por conta do (ab)uso das tecnologias. Para o autor, tais ingerências “têm suscitado constante inquietude cívica nas sociedades avançadas”, sendo característica, para ele, do desenvolvimento tecnológico atual, a geração de “novos fenômenos de agressão aos direitos e liberdades”.¹⁷ Tal problemática intensifica-se, de um lado, por conta do incontável tráfego de informações característico da *internet*, que parece não possuir limitações, e, por outro lado, em virtude de que a legislação brasileira, “ao tratar do tráfico de dados e informações pessoais, [...] está (diferentemente do que ocorre nos principais países da América do Norte e da Europa) estagnada no que diz respeito à proteção de dados pessoais, carecendo de norma específica para tanto”.¹⁸

Dessa forma, se vislumbram as infinitas possibilidades de confronto entre aqueles que buscam determinado assunto, bastante delicado, e atinente à vida pregressa de alguém, geralmente uma figura pública ou mesmo política — atitude esta albergada pelo manto do direito de acesso à informação — e aqueles que, ao contrário, querem que tal assunto permaneça sepultado no passado, e sem se poder exumar de qualquer forma — atitude, por sua vez, albergada pelo que já se chamara no presente trabalho de “direito ao esquecimento”. Nesse sentido, cumpre justamente se alcançar a forma e o conteúdo desses direitos — de ser informado e de ser esquecido —, a partir de quando se poderá verificar em que medida um limita ou mesmo se sobrepõe (é “preferido”) ao outro.

2.1. Um direito fundamental (de acesso) à informação

Cumpra lembrar que o assim chamado “direito à informação”, “direito de acesso à informação” ou “direito de ser informado”, encontrou já guarida em documentos internacionais do porte da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em que se encontra, em seu art. 19, que “todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”¹⁹. Em virtude de de tal previsão, tal direito é, historicamente, associado ao também fundamental direito de liberdade de expressão. Por outro lado, na esteira do pensamento de José Ramón Sabau, Dias e Custódio aduzem que o direito à informação “se configura como uma ramificação (diferenciada) da liberdade de expressão e, por conseguinte, da dignidade humana”.²⁰

15 LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 10, 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2835/pdf>. Acesso em: 5 dez. 2017.

16 LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 10, 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2835/pdf>. Acesso em: 5 dez. 2017.

17 LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 10, 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2835/pdf>. Acesso em: 5 dez. 2017.

18 SANTANA, Héctor Valverde; VIANA, Rafael Souza. O compartilhamento de dados e informações pessoais de consumidores: o abuso dos fornecedores e as propostas apresentadas no PLS 181/2014. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 238, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4579/pdf>. Acesso em: 5 dez. 2017.

19 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ASSEMBLEIA GERAL. *Declaração universal dos direitos humanos, Resolução 1948, A, III*, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 6 dez. 2017.

20 DIAS, Felipe da Veiga; CUSTÓDIO, André Viana. O discurso expansivo-punitivo dos meios de comunicação e sua influência

Mas o que diferenciaria o acesso à informação dos demais direitos humanos e, especialmente, da liberdade de expressão? Numa primeira leitura, a diferença residiria, apenas, na titularidade desse ou daquele direito, ao passo que a pessoa que se quer livre para expressar-se sobre determinado assunto não necessariamente coincidiria com aquela que se deseja livre para acessar as informações em torno do mesmo assunto. Daí os autores indicarem que “o diferencial principal desse direito específico para a sua matriz é o conteúdo, ou seja, a transmissão da informação impõe o dever (mesmo subjetivo) de veracidade”, imprimindo ao direito de liberdade de expressão verdadeiro “compromisso ético-jurídico”, o qual se estende, segundo eles, inclusive “à órbita da liberdade de imprensa, ambos funcionando com o objetivo informativo, mas constitucionalmente orientado”.²¹

Nesse sentido, para Dias e Custódio, o direito à informação, ou de acesso à informação, originalmente tido sob uma bandeira defensiva, com vistas a “proteger o direito de informar” — então mais ligado à liberdade de expressão —, carrega, na atualidade, “a proteção da busca por informações”, uma proteção aos meios e canais de acesso à informação.²² Dessa sorte, o conceito de “direito à informação” ultrapassaria, assim, a mera concepção como liberdade individual, como liberdade privada, que exigiria uma postura meramente “negativa” do Estado, uma postura absenteísta. Ao contrário, na atualidade, quando permeada totalmente pelo princípio democrático, a informação recebe contornos políticos, sociais, cívicos, bem além da concepção privatista que se lhe poderia atribuir: “o direito à informação e à liberdade de imprensa têm natureza coletiva, portanto, não compõem um direito individual dos profissionais da área de comunicação e sim uma proteção da coletividade que será informada”.²³

Fato é que, tanto mais intensificada a busca por mais e mais informações, como é característica do que ocorre na *internet*, esse caráter cívico acaba por ser ainda mais ressaltado, como inferem Dias e Custódio, para quem “o aprimoramento tecnológico possibilitou à informação alcançar outro nível de importância e relevância social, seja por compor parte da vida (dividida em mundo real e virtual) nas relações entre seres humanos, ou pela necessidade de consumo informativo”.²⁴ Esse “novo suporte” de proteção da busca ou do acesso às informações encontra resguardo, por sua vez, em diversos meios jurídicos, especialmente, como citam os autores, a proteção constitucional do direito à informação e a vedação aos monopólios comunicativos/informativos.²⁵

Diante disso, como asseveram Boff e Dias²⁶, a doutrina costuma compor o direito à informação com,

na formação da agenda das políticas públicas de combate à criminalidade de crianças e de adolescentes no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 93, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2162/pdf>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

21 DIAS, Felipe da Veiga; CUSTÓDIO, André Viana. O discurso expansivo-punitivo dos meios de comunicação e sua influência na formação da agenda das políticas públicas de combate à criminalidade de crianças e de adolescentes no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 93, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2162/pdf>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

22 DIAS, Felipe da Veiga; CUSTÓDIO, André Viana. O discurso expansivo-punitivo dos meios de comunicação e sua influência na formação da agenda das políticas públicas de combate à criminalidade de crianças e de adolescentes no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 93, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2162/pdf>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

23 DIAS, Felipe da Veiga; CUSTÓDIO, André Viana. O discurso expansivo-punitivo dos meios de comunicação e sua influência na formação da agenda das políticas públicas de combate à criminalidade de crianças e de adolescentes no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 93, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2162/pdf>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

24 DIAS, Felipe da Veiga; CUSTÓDIO, André Viana. O discurso expansivo-punitivo dos meios de comunicação e sua influência na formação da agenda das políticas públicas de combate à criminalidade de crianças e de adolescentes no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 93, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2162/pdf>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

25 DIAS, Felipe da Veiga; CUSTÓDIO, André Viana. O discurso expansivo-punitivo dos meios de comunicação e sua influência na formação da agenda das políticas públicas de combate à criminalidade de crianças e de adolescentes no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 97, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2162/pdf>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

26 BOFF, Salete Oro; DIAS, Felipe da Veiga. O acesso à informação no campo digital: uma análise entre a sociedade da infor-

pelo menos, 3 (três) facetas distintas, mas que se complementam, quais sejam: i) um direito de prestar informações, e de fazê-lo por meio dos canais existentes, notadamente dos meios de comunicação (acepção mais próxima da liberdade de expressão), “respeitando-se requisitos semelhantes aos impostos à liberdade de imprensa, como clareza e veracidade”; ii) o direito de busca e acesso à informação, “em respeito à pluralidade informativa na formação das convicções humanas, sem permitir lesões a outros direitos fundamentais”; e iii) o direito de ser informado. Essa tridimensionalidade aponta, assim, para a densidade da estrutura em que assiste tal direito.

Nesse sentido, Carlos Roberto Siqueira Castro assevera que o direito à informação constitui, ao lado do direito à vida, “a mais fundamental das prerrogativas humanas, na medida em que o saber determina o entendimento e as opções da consciência, o que distingue os seres inteligentes de todas as demais espécies que exercitam o dom da vida”.²⁷ Consiste, igualmente, no dizer do mesmo autor, em requisito primordial para qualquer regime democrático, uma vez sabido que os indivíduos, e mesmo as sociedades desinformadas, alheios às principais informações em matéria de Estado, de governo etc., acabam excluídos dos processos políticos, “proscritos das condições da cidadania que dão impulso aos destinos das nações”.²⁸ Com efeito, foi encimando tal estrutura, e importando o tanto que se já discutia em torno do acesso à informação como direito humano fundamental no plano internacional, que a Constituição Federal de 1988 insculpiu, em seu inciso XIV, o direito fundamental brasileiro de acesso à informação²⁹, reiterando-o reiterou em seu art. 220, *caput* e parágrafos.³⁰

Posta tal fundamentação, inclusive constitucional, não se pode esquecer que é justamente o caráter social e cívico hodiernamente impresso à informação que lhe vai exigir um exercício, ao mesmo tempo, responsável, compromissado com a veracidade das informações e, inegavelmente, respeitando a privacidade e a intimidade alheias, especialmente por conta dos limites que a lei impõe. É justamente esse compromisso simultaneamente ético e social, vale adiantar, que vai fundamentar uma “preferência” do acesso à informação ou à liberdade discursiva (*free speech*) tal qual se concebeu na jurisprudência constitucional estadunidense, isto porque, tradicionalmente, se reconheceu tanto ao exercício individual quanto ao coletivo de tal direito uma posição preferencial em relação aos demais direitos fundamentais. No dizer de Luís Roberto Barroso, ainda em 2004, “na verdade, tanto em sua manifestação, como especialmente na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência”, quando confrontadas com outros direitos fundamentais individualmente considerados.³¹

A cautela, porém, impede a “absolutização” de qualquer conceito ou classificação — especialmente em matéria de direitos, sobretudo em se tratando dos direitos humanos fundamentais, sendo mais improvável ainda um critério absoluto aplicável em face do conflito entre estes. Nesse sentido, feito um esboço do

mação e a sociedade de risco, *Revista de Estudos Jurídicos*, ano 16, n. 23, p. 329, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4816043.pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

27 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 437.

28 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 437.

29 “XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 jun. 2017.

30 “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 jun. 2017.

31 BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: Critérios de ponderação: Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Privado*, v. 18, p. 105, abr. 2004.

direito à informação, cumpre agora auscultar os contornos constitucionais do direito com o qual tem a prática mostrado constante confronto, qual o chamado “direito ao esquecimento”. Após o necessário resgate conceitual de tais prerrogativas fundamentais, é que se analisará se é possível “preferir” um ao outro e como têm decidido dos tribunais acerca disso.

2.2. O esquecimento como direito da personalidade (ou direito de “humanidade”)

O direito ao esquecimento estaria incluído entre os chamados “direitos da personalidade”, nomenclatura que ainda reclama revisões, havendo quem prefira falar em “direitos de humanidade”, categorias em que estariam incluídos “todos os direitos imprescindíveis aos homens, inalienáveis, inatos, indisponíveis”, os quais estariam “ligados à ideia da garantia do mínimo existencial, do essencial aos seres humanos, sendo anteriores ao Estado, ou seja, inerentes à sua natureza”³².

Com efeito, inegável é a repercussão da tutela de tais direitos na vida das pessoas, sobretudo com o reconhecimento, pelos tribunais, pela jurisprudência, de novos direitos da personalidade, processo característico da própria evolução desta categoria de direitos. Conforme aduzem Santana e Viana, uma primeira evolução normativa em torno dos direitos da personalidade fora, justamente, a superação do paradigma da proteção apenas da integridade física dos cidadãos, em respeito ao clássico direito à vida, quando se passou a considerar, igualmente, o direito a uma vida livre, “o direito de aproveitá-la, gozá-la e de ser deixado em paz”.³³

Por outro lado, Luño assevera que as próprias contradições geradas, na atualidade, pelas tecnologias e, sobretudo, pela *internet*, fizeram surgir um “movimento da doutrina jurídica e da jurisprudência dos países com maior grau de desenvolvimento tecnológico tendente ao reconhecimento de novos direitos humanos dirigidos a evitar a contaminação tecnológica das liberdades”,³⁴ quando se fala em “liberdade informática”, “faculdade de autodeterminação na esfera informática”, na proteção dos dados pessoais, entre outros direitos tendentes a responder a tais questões.

Nesse sentido, percorrendo as mutações — ou ampliações — que tais direitos vêm sofrendo com a contemporaneidade jurídica, há quem fale na existência de um direito que concorra com a permanência ou divulgação após longo período de olvido de certas informações sobre alguém, sobretudo no caso em que tais dados gerem algum dano à personalidade: escândalos passados, crimes cometidos ou sofridos há tempos, cuja lembrança, após anos ou mesmo décadas é desgostosa para todos os envolvidos. É quando se fala, diante de tais casos, na existência de um certo “direito ao esquecimento”. Como espécie ou subespécie do grande gênero dos direitos de personalidade, vale frisar que tal direito, por mais recente que pareça ser, já vem sendo debatido há certo tempo, inclusive pela doutrina pátria.

Como já bem salientara Otavio Luiz Rodrigues Junior³⁵, o Brasil vem discutindo-o desde os anos 1990. O autor defende que as discussões sobre o tema no país iniciaram-se bem antes de serem alcançadas pela

32 SANTANA, Héctor Valverde; VIANA, Rafael Souza. O compartilhamento de dados e informações pessoais de consumidores: o abuso dos fornecedores e as propostas apresentadas no PLS 181/2014. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 241-242, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4579/pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2017.

33 SANTANA, Héctor Valverde; VIANA, Rafael Souza. O compartilhamento de dados e informações pessoais de consumidores: o abuso dos fornecedores e as propostas apresentadas no PLS 181/2014. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 246, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4579/pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2017. E complementam: “A sociedade tomou consciência de que não se estava diante de um direito qualquer, tornando imperativa a sua tutela, razão pela qual engloba o rol de direitos da personalidade e, no Brasil, a proteção à privacidade está expressamente prevista no Código Civil Brasileiro e na Constituição Federal. Foi considerada como direito fundamental e um dos requisitos para se assegurar a dignidade da pessoa humana.”

34 LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 11, 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2835/pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2017.

35 RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990. *Consultor Jurídico*, 27 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em 2013, como se verá adiante. Para ele, a doutrina brasileira já vinha, há mais de duas décadas, pincelando teorias no assunto, porque encontráveis “artigos e livros no Brasil que cuidam, de modo direto ou incidental, do ‘direito ao esquecimento’”³⁶, de que arrola o autor os principais pesquisadores.

No início dos anos 1990, Edson Ferreira da Silva e Luís Alberto David Araújo, em trabalhos distintos, tangenciaram o tema trazendo as ideias de Raymond Lindon, em que se tem o direito ao esquecimento como um dos pilares da privacidade. Em 1994, Sidnei Agostinho Beneti mencionou um direito ao esquecimento dos delitos cometidos por conta da prescrição, em clara aproximação do tema com o Direito Penal. Têmis Limberger, por sua vez, em 2002, defendia que as informações bancárias de um cliente não poderiam permanecer a todo momento expostas, por integrarem o sigilo da pessoa.³⁷

Salienta o autor, nessas primeiras incursões doutrinárias no tema, que o direito ao esquecimento transitava entre o Direito do Consumidor e o Direito Penal, sem que se lhe atribuisse um liame qualquer com os já conhecidos direitos da personalidade. Na atualidade, o tema é encampado de forma mais sensível. Levanta-se que a tecnologia da informação, no nível a que chegou, impede um pleno exercício desse direito. Nega-se o caráter de *res nullius* às informações postas ao público, devendo ser assegurado ao titular destas informações o direito de restringir-lhes o acesso. Fica clara a conexão do direito ao esquecimento com a proteção à intimidade e à privacidade.

Ocorre que, mesmo sendo debatido por décadas e já tendo chegado às discussões das cortes superiores, ainda é muito impreciso o balanceamento entre tal direito ao esquecimento e outros com que recorrentemente colide, especialmente as liberdades clássicas de expressão e informação. No dizer de Ramos Filho, percebem-se postos nesses confrontos, a “liberdade de imprensa, de um lado, e os atributos da personalidade humana, tais como a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem, sem mencionar o princípio da dignidade da pessoa humana, de outro”.³⁸ Nesse sentido, inúmeros são os casos em que, mesmo após várias décadas do acontecimento de um fato que desabone a reputação de uma pessoa, alguém surge para resgatar tal memória já há tanto esquecida, sepultada na história, por meio de uma notícia, de uma reportagem, até mesmo de um artigo científico, o que tem sido bastante recorrente na *internet*. É quando se fala em “uma colisão entre direitos fundamentais”.³⁹

Com efeito, sabe-se que os direitos da personalidade acabaram por receber, tradicionalmente, adornos mais privatistas, adstritos às liberdades individuais, aos direitos civis que compunham a chamada Primeira Geração dos Direitos Fundamentais, sobre os quais esclarece Paulo Bonavides:

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.⁴⁰

36 RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990. *Consultor Jurídico*, 27 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

37 RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990. *Consultor Jurídico*, 27 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

38 RAMOS FILHO, Evilásio Almeida. *Direito ao esquecimento versus liberdade de informação e de expressão*: a tutela de um direito constitucional da personalidade em face da sociedade da informação. Monografia (Especialização) - Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional, Fortaleza: ESMEC, 2014. p. 52. Disponível em: <<http://portais.tjce.jus.br/esmec/wp-content/uploads/2014/12/Direito-ao-Esquecimento-vs-Liberdade-de-Infirma%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

39 RAMOS FILHO, Evilásio Almeida. *Direito ao esquecimento versus liberdade de informação e de expressão*: a tutela de um direito constitucional da personalidade em face da sociedade da informação. Monografia (Especialização) - Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional, Fortaleza: ESMEC, 2014. p. 53. Disponível em: <<http://portais.tjce.jus.br/esmec/wp-content/uploads/2014/12/Direito-ao-Esquecimento-vs-Liberdade-de-Infirma%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

40 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006. p. 563-564.

Como pressupostos do Estado liberal que se avultava, esses direitos implicavam uma atuação absentéista do Estado, minuindo sua esfera de atuação na vida privada e conferindo maior liberdade aos particulares, que possuiriam um patamar inatingível de liberdades individuais. Assim, os direitos fundamentais consistiram, inicialmente, numa postura de abstenção por parte do Estado liberal, que se afastava da vida privada, no momento em que os chamados direitos fundamentais “de primeira geração” asseguravam as liberdades básicas do indivíduo.

Na evolução dos direitos da personalidade, podem ser considerados relevantes os seguintes momentos históricos: o cristianismo, ao assentar a ideia de dignidade do homem; a Escola de Direito Natural, ao fixar a noção dos direitos inatos à pessoa como elementos indissociáveis de sua estruturação; e o Iluminismo, com a valorização da pessoa humana diante do poder.⁴¹

Não obstante a jovialidade do conceito de direitos da personalidade, ou mesmo da personalidade jurídica, verifica-se que sua abordagem se aproxima geralmente da defesa de elementos mínimos de identificação do sujeito, quais sejam o nome, o sobrenome, o patrimônio, o domicílio, a intimidade etc., uma vez que se até chegou a considerar a *personalidade civil* como expressão jurídica da *personalidade psíquica*. É o que entende Pontes de Miranda, o qual enquadra a personalidade como fonte não somente do direito, como também da moral, citando Sokolowski, *in verbis*:

[...] a personalidade é a base commum do Direito e da Moral, sendo, como é, base de outras sciencias, que constituem straficações da cultura, e em que, como bem diz Sokolowski, não ha desenvolvimento de cultura sem o elemento individual: “*Die Kulturentwicklung ist ohne Vereinigung der Einzelpersonen nicht möglich, ja nicht enimal denkbar*.”⁴²

A personalidade é, assim, identificada no “ser”, não no “ter”, sendo o patrimônio apenas sua expressão econômica, não jurídica. Em razão disso, goza da titularidade de direitos, abrigando o indivíduo essa personalidade e os direitos dela decorrentes. Assim é que passou a constituir um fenômeno conhecido por “constitucionalização do direito privado”, ou ainda por “despatrimonialização do direito privado”, no qual, tendo em vista a relevância das relações privadas para a vida do indivíduo, as normas constitucionais passaram a tutelar também assuntos privatistas.

A Constituição Federal de 1988 trata da personalidade atendo-se justamente a seus aspectos *personalísticos*, no que concerne à dignidade humana, uma vez que assevera direitos e garantias tanto individuais quanto coletivos, além da própria pedestalização do princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República. Ademais, Caio Mario da Silva Pereira entende que “o princípio constitucional da igualdade perante a Lei é a definição do conceito geral da personalidade como atributo natural da pessoa humana”, cabendo ao Estado proteger a dignidade-personalidade do particular, “sem distinção de sexo, de condição de desenvolvimento físico ou intelectual, sem gradação quanto à origem ou a sua procedência”.⁴³

Já o novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002) trata dos Direitos da Personalidade, no mesmo sentido da proteção integral da pessoa humana, prescrevendo-os como inalienáveis, imprescritíveis, intransmissíveis e irrenunciáveis, conforme dispõe seu art. 11, *in verbis*: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”, sendo tal intransmissibilidade necessária ao caráter íntimo, personalíssimo de tais direitos.

A tais previsões já se poderia, perfeitamente, incorporar uma numerosidade de direitos e garantias decorrentes, consequentes, derivados, uma vez que a tutela da dignidade humana reclama *per se* a defesa de tudo o que seja necessário para uma vida digna. Mas por que se fala em um direito ao esquecimento? Certamente

41 BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

42 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *À margem do direito: ensaio de psicologia jurídica*. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia, 1912. p. 124.

43 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: parte geral*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. p. 240.

foi sempre englobada pela ideia de direito fundamental da personalidade a proteção integral do indivíduo, esta compreendida como a inviolabilidade da vida privada, de sua intimidade, do domicílio, de seus documentos, de sua correspondência, de seus dados bancários, entre outros aspectos da individualidade de cada cidadão. Nessa esfera a ser protegida estaria, inclusive, o direito a não ser incomodado ou prejudicado pela relembração de algo que ficara no passado.

Pontes de Miranda incluía entre os direitos abordados no sétimo volume de seu *Tratado de Direito Privado* uma porção de direitos que aduziam ao mais íntimo da pessoa, a serem protegidos do que conceituava por “invasão pelos sentidos alheios”, questionando mesmo se se protegia a intimidade o direito do particular de segredar coisas íntimas. Nesse sentido, vale transpor, *ipsis litteris*, o questionamento feito pelo jurista:

§ 755. Direito a velar a intimidade

1. *Intimidade e invasão pelos sentidos alheios. Cada um tem o direito de se resguardar dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos dos outros.* Não pode A, de fora de casa, usar binóculo, para esguardar o que se passa no quarto de dormir de B, ou no escritório de C, ou no interior da fábrica de D. E certo que o direito à liberdade de domicílio não vai até aí; nem sempre só se viola o direito de personalidade à liberdade de domicílio, nem é preciso que se viole a esse. Pode dar-se a violação do direito a ocultar o seu próprio corpo, que se inclui no de liberdade física, ou a violação do direito ao segredo das relações comerciais, ou do direito patrimonial de autor (maneira de se executar, na fábrica, certa fórmula). **Não há dúvida que em todos esses casos há algum interesse no segredo;** o segredo entra, apenas, como um dos elementos do suporte fático do ato lesivo. Daí não se pode, todavia, concluir, sem mais, que exista direito à intimidade, autónomo, nem, *a fortiori*, que exista direito de personalidade à intimidade. (nosso grifo)⁴⁴

De tal constatação, de que não existiria o direito à intimidade *per se*, mas uma prerrogativa de guardar ou não sua intimidade ao particular, entende o mestre, mais à frente, que deve, na verdade, ser garantida a faculdade entre “fazer e não fazer” em se tratando do segredo, cabendo, apenas, ao titular de tal faculdade escolher entre revelar ou não. Veja-se:

3. *Direito a velar a intimidade e liberdade de fazer e de não fazer.* O direito a velar a intimidade é, portanto, efeito de exercício da liberdade de fazer e de não fazer: há quem possa não revelar, porque há quem pode não fazer; é a liberdade que está à base disso. Essa liberdade é que pode ser direito de personalidade inato; o direito a velar a intimidade provém dela, como o direito ao sigilo provém da liberdade de se não emitir o pensamento ou o sentimento. O que está em contacto imediato, inato, com a personalidade é o pensar, é o sentir, é o agir; não o segredo, o velamento.

Se existe direito a esses, é porque há liberdade de emitir e de não emitir, de fazer e de não fazer. Exerce-se aquela, estabelecendo-se o segredo, expressa, tácita ou presumidamente, ou desvendando-se; exerce-se essa, velando-se o que se passa na intimidade, ou expondo-a ao público. As limitações à intimidade e as limitações à renúncia a ela são, por conseguinte, concernentes à liberdade mesma: todos têm de respeitar mínimo de intimidade (não se pode andar nu, de público, ou em lugar em que possa ser vista a pessoa; nem podem ser de público certos atos corporais) e ao mesmo tempo ninguém pode ser privado de tal mínimo de intimidade (a penetração na vida privada, com inquéritos e buscas, somente se permite nas espécies previstas em lei). (nosso grifo).⁴⁵

Pelo exposto, é uma prerrogativa do direito fundamental à liberdade a garantia do segredo, da intimidade, da própria vida privada, uma vez que é apenas ao “dono” da informação facultado torná-la pública ou não. Tal reflexão, adstrita ao direito geral de liberdade, obviamente moldado pelo ideal de dignidade humana, permite sentenciar: não é necessária a previsão de um direito exclusivo, supostamente autónomo, ao esquecimento. Ele decorre de outros direitos, da liberdade em geral e da própria dignidade humana. É o que se percebe da leitura do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal em 2013:

44 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*: direitos da Personalidade, direito de Família. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1955. t. 7. p. 124.

45 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*: direitos da Personalidade, direito de Família. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1955. t. 7. p. 126.

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.⁴⁶

Ora, é tal direito, em verdade, decorrência de direitos ou garantias anteriores, além das já mencionadas liberdade e dignidade. Decorre o direito ao esquecimento da tutela da intimidade, da honra, da imagem, da vida privada. Isso não importa dizer que seja um direito menos importante ou menos expressivo. Na verdade, o próprio esquecimento em si tem sua relevância, antes mesmo de ser alcançado pelo direito:

Na concepção de Nietzsche, o esquecimento é a força inibidora positiva e ativa, não correspondendo à força inerte, cuja qualidade seria a de impedir que determinadas experiências penetrassem na consciência humana. O esquecimento atuaria como guardião da porta da consciência, zelador da ordem psíquica. A força viva produzida pelo esquecimento possibilitaria à humanidade condições de felicidade, pois bloquearia os efeitos da presentificação do passado. O esquecimento lembra Maria Cristina Franco Ferraz, não apagaria marcas produzidas pela memória, mas antecederia à própria inscrição, impedindo a sua fixação. Na valorização do esquecimento obtém-se “[...] uma força plástica que é condição de toda a felicidade, identificada à possibilidade de coincidir com o presente, com o instante. Lembra Eduardo Rezende Melo que esta força inibidora experimentada, vivenciada e acolhida mantém os homens imperturbados pelo barulho e lutas presentes no submundo, com isso garantindo a possibilidade do novo -” sem o esquecimento, não poderia haver lugar para a felicidade, a esperança, o orgulho, o presente.⁴⁷

Com efeito, tanto se tem falado na existência de um direito conexo ao esquecimento, ao desejo particular de ser esquecido. Discorda-se disso. Em verdade, o direito ao esquecimento em muito corresponde a um desdobramento, por um lado, do clássico direito de privacidade, mais diretamente, e, por outro lado, de outras garantias de forma mais mediata. Da dignidade humana, por exemplo, quando uma informação resgatada do passado, por trazer de novo à tona situação vexatória, acaba por malferir consideravelmente a integridade moral de qualquer um. Outro exemplo, o não esquecimento de um crime cometido há décadas, pelo que já fora condenado alguém, com pena cumprida etc., entraria em conflito, certamente, com o valor que reclama a vedação da perpetuidade das penas.

Vale frisar, todavia, que o fato de tal direito ser decorrente de outros direitos clássicos não impede que seja utilizada a expressão “direito ao esquecimento”, como têm feito a doutrina e a jurisprudência, aqui e alhures. Na Itália, por exemplo, recebe o nome de “*diritto all’oblio*” ou “*diritto ad essere lasciati soli*”, datando de mais de 20 anos os debates. O famigerado caso “Bozano” lá recebeu grande destaque como querela em torno do direito ao esquecimento:

Neste caso, uma menina de 13 anos, denominada Milena Suller, foi brutalmente assassinada em 1971. O seu assassino, Lorenzo Bozano, foi processado e condenado pela corte italiana.

Ademais, o programa televisivo italiano “I Grandi Processi”, semelhante ao antigo programa brasileiro “Linha Direta”, que reproduzia crimes famosos na mídia televisiva, pretendia reproduzir o caso “Bozano”.

O programa italiano iria exibir o caso, mesmo sem o consentimento da família da vítima. Vendo-se sem outra alternativa, a família da jovem Suller ingressou na via judicial e requereu tutela de urgência, para que o referido programa não fosse apresentado, invocando o direito ao esquecimento.

46 BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. *VI Jornada de Direito Civil*. Brasília: CEJ, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf/@@download/file/VIJornadadireitocivil2013%20web.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2017.

47 CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 354-355.

Ao final, entendeu o Tribunal de Roma que o direito ao esquecimento deveria ser mitigado em prol do interesse histórico que havia no caso, permitindo, assim, a veiculação do programa.⁴⁸

O mesmo vale para o Brasil, com a repercussão que teve o tema com os processos envolvendo a família de Aída Curi e um absolvido da Chacina da Candelária. Os crimes que, mesmo de distantes épocas, até remotas, foram retratados na televisão, o que incomodou os envolvidos. Conforme se perceberá, o STJ se comportou de maneira diferente nesses dois casos, mas em ambos se reconheceu a incidência de um direito ao esquecimento.

2.3. A posição dupla do Superior Tribunal de Justiça

Empós quase duas décadas de discussões pela doutrina, finalmente a jurisprudência superior passa a ater-se, em 2013, à questão, quando dois casos de grande repercussão chegaram ao Superior Tribunal de Justiça carregando a expressão “direito ao esquecimento”. Os já mencionados casos envolviam a reprodução, pelo programa televisivo “Linha Direta”, da Rede Globo, dos eventos da Chacina da Candelária e do assassinato de Aída Curi. Os autores, insatisfeitos com a exibição de tais programas, ingressaram com suas respectivas ações, chegando ao STJ por meio dos processos RESP nº 1.334.097/RJ (Caso “Candelária”) e RESP nº 1.335.153/RJ (Caso “Aída”).

Nesse sentido, Batalha relata:

A Chacina da Candelária foi uma chacina, crime brutal e premeditado, amplamente divulgada pela mídia da época, ocorrida na noite do dia 23 de julho de 1993, próximo à Igreja da Candelária, localizada no centro da cidade do Rio de Janeiro. Neste crime, oito jovens sem teto foram assassinados por policiais militares.

Nesse caso, JGF ajuizou ação de reparação de danos morais em face da TV Globo Ltda., pois foi indiciado como coautor/partícipe da sequência de homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro, conhecidos como “Chacina da Candelária”, mas que, ao final, submetido a júri, foi absolvido por negativa de autoria.

Entretanto, em junho de 2006, foi ao ar, no programa Linha Direta, contra a vontade expressa do autor JGF, o episódio, que declinou seu nome, tendo sido o autor apontado como um dos envolvidos na chacina, mas que fora absolvido.

A veiculação do seu nome, no terrível episódio, levou a público uma situação que já havia superado, reacendendo na comunidade onde residia a imagem de chacinador e o ódio social, ferindo, assim, o seu direito à paz e privacidade pessoal. Houve também prejuízos direitos aos seus familiares.

O autor alegou que essa situação o prejudicou sobremaneira em sua vida profissional, não tendo mais conseguido emprego, além de ter sido obrigado a desfazer-se de todos os seus bens e abandonar a comunidade para não ser morto por “justiceiros” e traficantes e para proteger a segurança de sua família.⁴⁹

Acerca do segundo caso, a mesma autora descreve:

Aída Curi foi vítima de homicídio no ano de 1958 no bairro de Copacabana no Rio de Janeiro. Aída tinha dezoito anos e foi brutalmente abusada sexualmente por três homens, a fim de encobrir o crime os agressores a atiraram do terraço no décimo segundo andar do prédio tentando simular um suicídio. A jovem acabou falecendo em função da queda.

Este crime foi nacionalmente conhecido por força da imprensa da época. Para os irmãos da vítima, autores da ação, a transmissão feita pelo programa “Linha Direta Justiça” do homicídio de sua irmã,

48 BATALHA, Taianne Nayrara Sampaio. *Análise do direito ao esquecimento em face do princípio constitucional da vedação das penas de caráter perpétuo*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014. p. 16. Disponível em: <<http://www.repositoriobib.ufc.br/000018/00001848.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

49 BATALHA, Taianne Nayrara Sampaio. *Análise do direito ao esquecimento em face do princípio constitucional da vedação das penas de caráter perpétuo*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014. p. 17. Disponível em: <<http://www.repositoriobib.ufc.br/000018/00001848.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

após quase sessenta anos, reabriu antigas feridas dos autores.

Os irmãos de Aída alegaram que a emissora explorou a tragédia familiar, e por isso pleitearam danos materiais e à imagem, consistentes na exploração comercial da falecida com objetivo econômico de audiência e publicidade.⁵⁰

Ocorreu que o STJ, pela mesma 4ª Turma, entendeu, diferentemente, os dois casos, apesar de sua similitude. No caso da Candelária, o STJ entendeu que, em relação à ponderação entre o direito à informação e a proteção da vida privada, dever-se-ia privilegiar o direito ao esquecimento, determinando que se ocultassem o nome e a imagem do interessado, mesmo sendo lícito o exercício da atividade jornalística àquela maneira, mencionando a existência de um “direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena e dos absolvidos”, acolhido em “decorrência da proteção legal e constitucional da dignidade da pessoa humana e das limitações positivadas à atividade informativa”.⁵¹

Já no caso envolvendo a família de Aída Curi, Recurso Especial n. 1.335.153/RJ, os julgadores desconsideraram as alegações dos autores em face da “ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados”, cujo resgate, por meio do programa televisivo Linha Direta da Rede Globo reabriria “antigas feridas já superadas quanto à morte de sua irmã, Aída Curi, no distante ano de 1958”.⁵² Buscavam, assim, os irmãos Curi ter reconhecido seu direito ao esquecimento, a não ter revivida tal situação pelo programa e contra sua vontade, sofrimento que já ocorrera com a publicidade conferida ao caso há décadas. A corte entendeu que deveria prevalecer a liberdade expressão/informação, justamente por conta da “historicidade” do caso, considerando que “o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Cure”.⁵³

Nesse sentido, diante de uma aparente anfibia na postura da mesma turma do STJ que exarou tais decisões contrastantes, cumpre verificar que instrumental teórico haveria de ser levado em conta no sentido de preferir, definitivamente, um direito ao outro — ou tornar mais fácil determinar qual direito entre esses dois em confronto deve prevalecer. Assim, passamos desse conflito de normas, para alcançar, ao fim, interessantíssima teoria de preferência de direitos.

3. HIERARQUIZAÇÃO E A “PREFERÊNCIA” DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Em linhas gerais, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece como três os critérios hermenêuticos aplicados quando do conflito de normas, quais sejam, a hierarquia, a temporalidade e a especificidade. No primeiro caso, o critério de prevalência de uma sobre outra é seu nível hierárquico, o *tipo* de norma, se norma constitucional, lei complementar, ordinária etc., suprimindo a norma superior a validade da inferior. Quanto ao critério temporal, prevalece a norma mais recente. Quanto ao critério especificidade, conforme o nome já denuncia, deve prevalecer a norma mais específica. Ocorre que, conforme têm denota-

50 BATALHA, Taianne Nayrara Sampaio. *Análise do direito ao esquecimento em face do princípio constitucional da vedação das penas de caráter perpétuo*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014. p. 18. Disponível em: <<http://www.repositoriobib.ufc.br/000018/00001848.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

51 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial n. 1.334.097. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. Brasília, DF, 28 de maio de 2013. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=resp+1334097+RJ&&b=ACOR&p=true&t=JURIDIC O&l=10&i=4>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

52 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Direito ao esquecimento*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/75fc093c0ee742f6dadaa13fff98f104>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

53 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Direito ao esquecimento*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/75fc093c0ee742f6dadaa13fff98f104>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

do a doutrina e a jurisprudência pátria, tais critérios são insuficientes ou mesmo inadequados para solucionar o conflito entre regras e princípios, mais ainda quando de regras e princípios fundamentais (constitucionais).

Dessa feita, trazendo tal discussão para o confronto que se vislumbra entre o direito fundamental de acesso à informação e o direito ao esquecimento, questiona-se que critério ou técnica adotar. O que fazer no caso em que colidem com os direitos amparados por uma mesma semântica constitucional? É possível determinar uma “preferência”, um caráter ou uma “posição preferencial” de um em face do outro? Em que casos? É sobre o que passa agora a tratar o presente estudo.

3.1. Haveria uma hierarquia entre os direitos fundamentais à informação e ao esquecimento?

Debate recorrente na Teoria dos Direitos Fundamentais e elemento importante de sua consolidação, o problema da hierarquização dos direitos também merece atenção no presente estudo. Nesse sentido, vale recordar o entendimento de Hans Kelsen no sentido de que a hierarquização das normas, envolvidas numa pirâmide jurídica, compreenderia um critério de validade para o qual a norma inferior só seria válida caso respeitasse a superior, tomando a norma como um enunciado puro e com uma colocação definida dentro do escalonamento normativo.⁵⁴

Afirmava Kelsen:

[...] entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se a norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de considerar-se como estando de harmonia com a norma do escalão superior.⁵⁵

Nessa concepção, em que se também adota o princípio da supremacia da Constituição, é clara a função do texto normativo constitucional como critério de validade do ordenamento, o qual é totalmente irradiado pela Lei Maior. É o argumento principal do chamado controle de constitucionalidade, “consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição”.⁵⁶ Assim, surge a questão: ignorando-se as normas insculpidas em leis complementares ou ordinárias, em decretos ou medidas etc., seria possível vislumbrar uma hierarquia entre as próprias normas constitucionais?

Há, entre outras teorias sobre hierarquização, quem defenda a existência de uma hierarquia em razão da matéria, ou seja, teriam maior relevância os dispositivos constitucionais que tratassem de assuntos materialmente constitucionais, como a estruturação do Estado e os direitos e garantias fundamentais, do que os dispositivos que contivessem normas apenas formalmente constitucionais, tratando de assuntos que exorbitassem o conceito clássico de Constituição.

É clara a “superioridade” da norma contida no art. 2º da Constituição Federal, o qual determina a independência e a harmonia dos três poderes, que a contida no tão famigerado §2º do art. 242, que trata do Colégio Pedro II.⁵⁷ Com efeito, a tese de superioridade das normas materialmente constitucionais foi levantada no constitucionalismo germânico por Krüger e Giese, “para quem é viável que normas constitucionais de teor secundário sejam declaradas inválidas por violação a outras normas constitucionais de maior importância”.⁵⁸

54 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

55 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 289.

56 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

57 SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.

58 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. São Paulo: Renovar, 2006. p. 245.

Assim, é válida a observação de Gilmar Ferreira Mendes:

Embora o texto constitucional não tenha privilegiado especificamente determinado direito, na fixação das cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º), não há dúvida de que, também entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo (CF, art. 1º, III).

Assim, devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio (inviolabilidade da pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade).⁵⁹

Nesse sentido, vale o questionamento de Ana Maria D'Ávila Lopes:

A Constituição brasileira prevê no art. 60, § 4º, as matérias que não podem ser objeto de reforma constitucional, ou seja, que se encontram fora dos alcances do poder constituinte derivado. No inc. VI da referida norma, expressamente, estabelece-se que os direitos e garantias individuais correspondem ao que a doutrina denomina de “cláusulas pétreas”, normas constitucionais que não podem sofrer emendas.

A pergunta que pode ser feita é: se todos os direitos e garantias fundamentais possuem igual importância, igual hierarquia, por que apenas veda-se a reforma dos individuais?⁶⁰

Nesse sentido, merecem destaque as diferenciações que se percebem entre as gerações de direitos fundamentais segundo sua própria origem histórica — quando se vislumbra um critério histórico de hierarquização —, segundo a carga valorativa que lhe é atribuída — critério axiológico — e segundo o momento em que se percebe sua efetivação — critério de efetividade.

Há de se falar em hierarquia segundo um argumento histórico pelo grau de “fundamentalidade” que um direito ou garantia fundamental desenvolveu com o passar do tempo — frise-se que a Carta em vigor já conta com mais de vinte e cinco anos. Tal processo se assemelharia à própria evolução dos direitos fundamentais, em gerações ou dimensões ao passar dos anos, chegando a uma terceira que diz respeito às relações difusas de intensificadas pela globalização, em que se vislumbram o direito a um meio ambiente equilibrado, à paz, ao desenvolvimento.

Nesse sentido, Ana Maria D'Ávila Lopes entende que “os direitos de solidariedade, que juridicamente podem ser considerados em estado nascente, caracterizam-se por exigir, para sua conceituação, um maior grau de solidariedade do que os outros pelo fato de serem, ao mesmo tempo, individuais e coletivos”.⁶¹ Com efeito, as próprias diferenças na origem, na forma, no conteúdo e nos destinatários dos direitos angariados em cada geração, como reflexos dos momentos históricos em que se desenvolveu cada uma, ocasionariam diferenças também na sua recepção enquanto normas constitucionais. É o que assevera Ana Maria D'Ávila Lopes ao afirmar que:

As diferentes épocas do surgimento, reconhecimento e posituação dessas três categorias de direitos fundamentais revelam que são fenômenos que têm respondido a contextos históricos distintos e a concepções ideológicas diversas. Isso impede que sejam considerados como estritamente equivalentes em seu grau de consenso e legitimidade nacional e internacional, ou como possuidores da mesma natureza.⁶²

Dessa sorte, o critério histórico denota sua relevância antes mesmo da configuração de tais direitos e garantias como *fundamentais*, ou melhor, a historicidade dos direitos humanos é fator determinante inclusive para sua posituação constitucional (“fundamentalização”):

59 MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, v. 1, n. 5, p. 180-181, mar. 2003.

60 LOPES, Ana Maria D'Ávila. Hierarquização de Direitos Fundamentais? *Revista de Direito Constitucional e Internacional - IBDC*, São Paulo, ano 9, p. 180-181, jan./mar. 2001.

61 LOPES, Ana Maria D'Ávila. Hierarquização de Direitos Fundamentais? *Revista de Direito Constitucional e Internacional - IBDC*, São Paulo, ano 9, p. 176, jan./mar. 2001.

62 LOPES, Ana Maria D'Ávila. Hierarquização de Direitos Fundamentais? *Revista de Direito Constitucional e Internacional - IBDC*, São Paulo, ano 9, p. 176, jan./mar. 2001.

Os direitos humanos seriam fruto de momentos históricos diferentes e a sua própria diversidade já apontaria para a conveniência de não se concentrarem esforços na busca de uma base absoluta, válida para todos os direitos em todos os tempos. Ao invés, seria mais produtivo buscar, em cada caso concreto, as várias razões elementares possíveis para a elevação de um direito à categoria de fundamental, sempre tendo presentes as condições, os meios e as situações nas quais este ou aquele direito haverá de atuar. Não basta, assim, que um direito encontre bons motivos filosóficos, aceitos no momento, para ser positivado; é indispensável, ainda, o concurso de condições sociais e históricas favoráveis para que se incorpore aos estatutos vinculantes.⁶³

Nessa senda, não se deve desconsiderar o argumento histórico como determinante antes, durante e depois da edificação dos direitos e garantias fundamentais num texto constitucional. Por outro lado, uma verificação axiológica ou valorativa dos princípios, direitos e garantias fundamentais aparentemente apontaria para a uma hierarquização — entre o princípio cujos valores se mostrem mais relevantes que o de outro. No dizer de George Marmelstein, ninguém ousaria afirmar que “o princípio da dignidade da pessoa humana ‘vale’ menos que o princípio da proteção à propriedade”, especialmente porque, segundo o autor, “todos os princípios e regras decorrem, ainda que indireta e mediatamente, do princípio-mor da dignidade da pessoa humana”. À mesma maneira, num confronto entre princípios constitucionais processuais, essa verificação axiológica acabaria concluindo que ambos decorreriam do princípio do devido processo legal. Dessa forma, seria possível, sim, vislumbrar certa hierarquização dos princípios por conta de sua carga axiológica, ainda que sem apontar que classe de direitos ou garantias teria preferência sobre outra.⁶⁴

Nada obstante, Ana Maria D’Ávila Lopes aponta para o que reconhece como vicissitudes metodológicas de tal critério de diferenciação:

[...] as objeções mais sérias contra uma teoria axiológica são, entretanto, as metodológicas, por ser uma posição que ignora qualquer fundamentação racional — recorre a um sistema de valores de per se não objetivo — podendo provocar arbitrariedades. As objeções metodológicas voltam-se sobretudo contra uma ordem hierárquica de valores e contra as ponderações.

A respeito de uma ordem hierárquica, questiona-se sobre os critérios utilizados na escolha dos valores que farão parte da lista e sobre os critérios utilizados para estabelecer a ordem, isto é, sobre se será uma lista completa e fechada ou aberta.⁶⁵

À mesma maneira, uma terceira diferenciação entre as gerações de direitos fundamentais aponta para o *gran de efetividade* que um direito ou garantia alcançou desde sua edificação como norma fundamental, a despeito de o § 1º do art. 5º da CF/1988 aduzir que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ora, a prática cidadã demonstra quão ainda distantes se encontram os ditames constitucionais da realidade política e social do país, o que aproxima a Constituição brasileira da classificação de Lowestein como “constituição nominal”, cujas normas ainda não se efetivaram completamente.

Nesse sentido, Ana Maria D’Ávila Lopes discorre que:

Entre as gerações de direitos fundamentais existem claras diferenças. Uma terceira, e que é a mais importante, consiste na afirmação de que, enquanto os direitos da primeira geração possuem aplicabilidade imediata, os da segunda, terceira e quarta gerações estão sujeitos a uma progressividade, traduzida em normas programáticas cuja aplicação concreta encontra-se condicionada ao desenvolvimento de políticas legislativas posteriores, que lhes darão viabilidade material.⁶⁶

63 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 225.

64 LIMA, George Marmelstein. A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2625>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

65 LOPES, Ana Maria D’Ávila. Hierarquização de Direitos Fundamentais? *Revista de Direito Constitucional e Internacional - IBDC*, São Paulo, ano 9, p. 172, jan./mar. 2001.

66 LOPES, Ana Maria D’Ávila. Hierarquização de Direitos Fundamentais? *Revista de Direito Constitucional e Internacional - IBDC*, São Paulo, ano 9, p. 172, jan./mar. 2001.

Por outro lado, a jurisprudência da Suprema Corte brasileira, geralmente encimando o *princípio da unicidade da Constituição*, defende que uma hierarquia entre as normas constitucionais inexistente, conforme o julgado a seguir:

A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, “caput”), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abrangendo normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.⁶⁷

Vale então aqui salientar que não se está a tratar de uma hierarquia entre *normas* constitucionais, entre os dispositivos da Constituição, mas, sim, entre os valores jurídicos expressados por estes, como bem aduz Ana Maria D’Ávila Lopes:

Há consenso na doutrina brasileira de que as normas constitucionais possuem igual hierarquia, admitindo-se apenas uma diferenciação entre as decorrentes do poder constituinte originário e do derivado. Entretanto, além dessa distinção não é possível realizar qualquer outra, nem ainda em relação às chamadas “cláusulas pétreas”.

Nesse sentido, todas as normas constitucionais declaratórias de direitos encontram-se num mesmo nível hierárquico. Contudo, o mesmo não se pode afirmar em relação aos direitos, ou seja, a respeito do conteúdo dessas normas.⁶⁸

Assim, ao apelarmos para a literalidade dos termos *hierarquia* e *hierarquização*, em que esta significaria “ato ou efeito de organizar”, há que se concluir que, inobstante não se vislumbre uma *hierarquia material e formal* entre as normas constitucionais, há a possibilidade de, no momento da aplicação dessas normas, realizar-se certa hierarquização entre os valores por elas carregados. Nesse sentido é que passamos a abordar a chamada “teoria da posição preferencial” ou “dos direitos preferidos” (*preferred rights/freedoms*)

3.2. A solução do conflito segundo a doutrina da posição preferencial

Entende-se por hierarquização o processo de “estabelecer hierarquias prévias e rígidas entre os bens constitucionalmente tutelados”.⁶⁹ Tal expediente permitiria, ao menos em tese, que “as colisões entre direitos, ou entre estes e bens coletivos, são resolvidas de acordo como pautas preestabelecidas que determinam o peso abstrato e a importância de cada um deles, concluindo-se no sentido da prevalência do que ostenta maior hierarquia”.⁷⁰

Cumpre salientar, todavia, que os critérios determinantes de tal hierarquia — como os já abordados na secção anterior — não consubstanciam um sistema infalível de determinação da superioridade de uma

67 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Adi n. 815/DF. Relator: Min. MOREIRA ALVES, 28 de março de 1996. Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO. *Diário da Justiça*, 10 maio 1996. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744338/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-815-df>>. Acesso em: 29 out. 2017.

68 LOPES, Ana Maria D’Ávila. Hierarquização de Direitos Fundamentais? *Revista de Direito Constitucional e Internacional* - IBDC, São Paulo, ano 9, p. 169, jan./mar. 2001.

69 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. São Paulo: Renovar, 2006. p. 243-244.

70 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. São Paulo: Renovar, 2006. p. 244.

norma constitucional sobre outra. Nesse sentido, adverte sobriamente Jane Reis Gonçalves Pereira que “as teorias que propugnam hierarquias imóveis dos direitos fundamentais são problemáticas tanto do ponto de vista filosófico quanto do ponto de vista jurídico”.⁷¹

Merecendo maior destaque o último aspecto — o jurídico — no dizer da autora, pelo fato de que, “no quadro de constituições rígidas, não há elementos normativos que permitam estabelecer relações de prevalência incondicionada entre os direitos”, a Constituição Federal de 1988 não comporta tal ideia. Caso existisse tal possibilidade, de que os direitos nela previstos fossem hierarquizados *in abstracto*, “as preferências deveriam ser estabelecidas pelo próprio constituinte”.⁷²

E arremata:

Isso porque a priorização irrestrita de certos direitos em detrimento de outros traz subjacente uma escolha por determinada teoria da justiça, tendo, assim, um inegável caráter ideológico. E, embora seja certo que a interpretação constitucional não é imune à ideologia e a juízos morais, admitir que opções valorativas não previstas constitucionalmente sejam cristalizadas e perpetuadas por meio de hierarquias jurisprudenciais absolutas implicaria menosprezar o papel do constituinte democrático. A não previsão destas hierarquias no texto constitucional visa exatamente conferir flexibilidade ao processo hermenêutico, e seria um contrassenso que este restasse enrijecido, com base nas preferências axiológicas dos intérpretes. (PEREIRA, 2006, p. 248).⁷³

É então que desponta a ideia de “*preferred rights*” (“direitos privilegiados”) ou “*preferred freedoms*” (“liberdades privilegiadas”), para a qual alguns direitos e garantias fundamentais ocupariam “posições preferenciais” em relação a outros direitos e garantias fundamentais. Tal ideia, melhor aportuguesada como “doutrina da posição preferencial”, desenvolveu-se dos entendimentos da Suprema Corte estadunidense. Sobre tal doutrina, discorre Letícia Campos Velho Martel:

A doutrina da posição preferencial significa, pois, a hierarquização dos Direitos Fundamentais protegidos pelo devido processo legal e a inserção de alguns em posição privilegiada em relação a outros. Em que pese todos possuírem caráter de fundamentalidade, uns são apostos em local cimeiro, tomados como de maior peso de per se. Então, os Direitos Fundamentais que assumem o mais alto posto na hierarquização correspondem aos dotados de posição preferencial. Diante da privação destes, usar-se-á o escrutínio estrito; na ausência deles, usar-se-á o teste da mera razoabilidade.⁷⁴

Por sua vez, Jane Reis Gonçalves Pereira fala num “escalonamento abstrato”, a ser realizado justamente entre os bens e interesses tutelados pelos direitos fundamentais, como uma forma de ponderação, não se tratando de “determinar prevalências absolutas de alguns direitos”. Conforme assinalado, a ideia, ao contrário, é “presumir” tal escalonamento, o qual será apenas em abstrato (não absoluto), podendo, inclusive, “ser afastado, na apreciação de casos concretos, mediante justificação”.⁷⁵ Dessa feita, descreve a autora acerca da doutrina da posição preferencial, por ela tratada como “teoria das *preferred freedoms*”, *i. e.*, das “liberdades preferidas”:

De acordo com essa formulação, as liberdades pessoais desfrutam de proteção constitucional mais intensa que os direitos de natureza econômica. Essa tutela especial é traduzida no emprego de pautas diferenciadas no controle de constitucionalidade das leis restritivas de cada tipo de liberdade. Quando se trata de direitos individuais, o teste de razoabilidade aplicado à legislação é mais severo, operando-se uma inversão da presunção de constitucionalidade, que implica transferir para o Estado o ônus

71 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. São Paulo: Renovar, 2006. p. 247.

72 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. São Paulo: Renovar, 2006. p. 247-248.

73 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. São Paulo: Renovar, 2006. p. 248.

74 MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 48, p. 100, 2004.

75 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. São Paulo: Renovar, 2006. p. 248.

de provar que há um interesse público cogente a justificar a restrição. Já em matéria de regulação da atividade econômica, o controle é mais flexível, bastando que exista um interesse público legítimo.⁷⁶

Letícia Campos Velho Martel, citando Christopher Wolfe, aponta etapas distintas da evolução de tal teoria:

Por intermédio do estudo dos casos que envolvem o devido processo legal substantivo, é possível identificar três etapas da doutrina da posição preferencial. A primeira, na qual ela não era propriamente uma doutrina, nem uma teorização, mas era utilizada, liga-se à Era Lochner, à época do economic substantive due process of law (1898-1937). A segunda, na qual não havia uma teorização explícita da doutrina, mas a Corte estava aderindo a outras doutrinas – teste do perigo claro e iminente e incorporação seletiva – que, quando aplicadas, recaíam na hierarquização de Direitos Fundamentais, iniciou-se ainda na Era Lochner, nos idos de 1920. A terceira, na qual, além da aplicação, houve a formulação teórica explícita da doutrina, com a adoção da terminologia preferred position, ou preferred freedoms, ou, em menor escala, preferred place, iniciou-se nos casos *Carolene Products* e *Jones v. Opelika*. (1938- dias atuais) e está ligada ao personal substantive due process of law.⁷⁷

Com efeito, percebe-se que tal teoria se consolidou no âmbito jurisprudencial estadunidense no famigerado caso *United States vs. Carolene Products Co.*, em que o Justice Stone proferiu em sentença (mais precisamente na nota de rodapé nº 4) as premissas de tal doutrina:

Deve existir um espaço mais estreito para a operacionalização da presunção de constitucionalidade quando a legislação recai facialmente em uma proibição da Constituição, como aquelas das dez primeiras Emendas, as quais são consideradas igualmente específicas quando agregadas à Décima Quarta. Veja-se *Stromberg v. California*, 283 U. S. 359, 283 U. S. 369-370; *Lovell v. Griffin*, 303 U. S. 444, 303 U. S. 452.

É desnecessário considerar agora se a legislação que restringe aqueles processos políticos, dos quais se pode ordinariamente esperar que causem repulência à legislação indesejada, devem ser sujeitas a um escrutínio mais rigoroso sob as proibições gerais da Décima Quarta Emenda do que a maior parte dos outros tipos de legislação.⁷⁸

Sobre tal dispositivo paradigmático, discorre Letícia Martel:

Na referida nota de rodapé, considerada *profética*, tanto pela adesão que recebeu como pela sua repercussão no Direito Constitucional norte-americano no futuro, o Justice Stone elaborou ressalvas às afirmações que fizera no corpo do texto de *Carolene Products*. No voto, o Justice Stone afirmou que as regulações das liberdades e da propriedade somente deveriam ser declaradas inconstitucionais quando nenhuma base razoável fosse vislumbrada na correlação entre meios e fins, e que a Corte não poderia exigir mais do que isso, e, assim, asseverou o abandono da noção de que, em relação a alguns Direitos Fundamentais, a Corte deveria exigir uma relação clara e direta entre os fins e os meios. Já na nota de rodapé, o Justice Stone mitigou o alcance das palavras do voto, buscando não estender o *princípio* que nele firmara a outros Direitos Fundamentais que não as liberdades econômicas e a propriedade. Então, ao passo que a *ratio decidendi* estabelecida no voto conduzia ao fim do escrutínio estrito para certos Direitos Fundamentais, na nota de rodapé, Stone resguardou outros Direitos como aptos a ensejar o *escrutínio estrito*.⁷⁹

Esse sistema põe numa posição privilegiada as liberdades garantidas pelas emendas à Constituição norte-americana, culminando no que estabeleceu a 14ª Emenda, em sua seção 1ª, quanto à *cidadania* — “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados

76 PEREIRA, Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. São Paulo: Renovar, 2006. p. 248.

77 MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 48, p. 100, 2004.

78 UNITED STATES OF AMERICA. SUPREME COURT. *United States vs. Carolene products co. 304 u.s. 144, 1938. Footnote 4*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/case.html#F4>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

79 MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 48, p. 106-107, 2004.

Unidos e do Estado onde tiverem residência”. Essas *liberdades preferidas*, de tão íntimas do cidadão, enquadravam-se num patamar superior aos direitos e garantias constituídos apenas sob uma perspectiva econômica.

Tal hierarquização apontava para duas maneiras de deliberação por parte do juízo, uma mais rigorosa, determinada, submetida à superioridade dos *preferred rights*, em que não teria o ente julgador a liberalidade de decidir contra eles; e uma mais flexível, suave, na qual, por não se vislumbrar qualquer ameaça aos direitos privilegiados, teria o juízo maior liberdade de decidir. Mas de que forma tal teoria se aplicaria à questão do confronto entre direito ao esquecimento e o acesso à informação na *internet*? Justamente nos critérios que estabeleçam em que momento um direito é preferido em relação ao outro, notadamente o segundo em relação ao primeiro.

3.3. Os requisitos para a preferência do acesso à informação na *internet* sobre o direito ao esquecimento

Conforme o exposto, a posição preferencial define-se ao se revestirem os direitos preferidos de contornos de cidadania, encarados como superioridade em relação aos demais direitos que apenas se atenam a liberdades econômicas. No caso emblemático que deu origem à teoria, é fácil perceber a prevalência da informação da coletividade sobre o sigilo industrial. De igual forma, é forçoso reconhecer a preferência de um direito à informação da população sobre a privacidade de um político criminoso, por exemplo, que seja filmado numa reportagem com câmeras escondidas.

No caso do conflito entre o direito ao esquecimento e o acesso à informação via *internet*, no entanto, não é tão simples assim. Ocorre que nem sempre as informações veiculadas, sobretudo no perfil de mídia e de “jornalismo” que se percebe recorrentemente no Brasil, revestem-se dos necessários contornos cívicos que a teoria das liberdades preferidas reclama. Pelo contrário, muito se vê de excesso ou mesmo abuso de direito pelos profissionais do jornalismo, o que pode malferir também o direito ao esquecimento:

Os meios de comunicação, sob a premissa de informar a todo custo e uma falsa permissão ampla e irrestrita, por vezes invadem a esfera privada do indivíduo, retratando fatos e eventos indefinidamente no tempo, causando dano à dignidade humana das pessoas envolvidas. Tal cenário se torna ainda mais complexo quando se leva em consideração a *internet*, ambiente que, por excelência, não “esquece” o que nele é divulgado e pereniza tanto informações boas e ruins relativas à pessoa do noticiado, superando a contemporaneidade da notícia, sem esquecer, ainda, do alcance potencializado de divulgação próprio desse meio de comunicação, podendo ser, no mínimo, desconfortante àquele que é objeto da notícia.⁸⁰

Nesses casos, o direito preferido é, em verdade, a defesa da dignidade do indivíduo contra a exploração econômica — feita, *e. g.*, pelos meios de telecomunicação que ganham audiência com a revisita a fatos trágicos do passado. O direito ao esquecimento passa, assim, a receber maior destaque, como bem salienta Evilásio Ramos Filho:

Verifica-se que o direito ao esquecimento, a partir de uma nova realidade social que se vive nos dias atuais, sob a tônica da modernidade e ancorada na informação massificada, voltou a ser um tema atual e de inegável importância, em virtude dos danos causados por fatos e acontecimentos, falsos ou até mesmo verdadeiros, veiculados pelos diversos meios de comunicação, com o seu alto poder de propagação da informação, que inundam a esfera pública com episódios relacionados apenas à vida privada dos noticiados, que, muitas vezes, não possuem mais nenhuma relevância jornalística ou histórica e nenhum interesse social.⁸¹

80 RAMOS FILHO, Evilásio Almeida. *Direito ao esquecimento versus liberdade de informação e de expressão*: a tutela de um direito constitucional da personalidade em face da sociedade da informação. Monografia (Especialização) - Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional, Fortaleza: ESMEC, 2014. p. 45. Disponível em: <<http://portais.tjce.jus.br/esmec/wp-content/uploads/2014/12/Direito-ao-Esquecimento-vs-Liberdade-de-Infoma%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

81 RAMOS FILHO, Evilásio Almeida. *Direito ao esquecimento versus liberdade de informação e de expressão*: a tutela de um direito constitucional da personalidade em face da sociedade da informação. Monografia (Especialização) - Escola Superior da Magis-

Nesse sentido, podemos facilmente vislumbrar quais requisitos seriam necessários para que, em vez de servir de meio para arbitrariedades, o acesso à informação via *internet* possa, sim, figurar como uma liberdade preferida. Os requisitos corresponderiam, justamente, ao que tornaria o exercício dessa liberdade realmente uma atividade cívica, pautada nos direitos de cidadania: veracidade das informações, zelo no trato com as informações, interesse histórico e social que reclame a (re)divulgação desses dados.

É nessa orientação que, mesmo no caso da Chacina da Candelária, em que se reconheceu ao autor o direito ao esquecimento, exigindo-se a supressão de seu nome, a conduta da reportagem não foi considerada ilícita. Uma vez que, realmente, seja pautada na ética, na relevância social das informações passadas e no respeito à dignidade humana, a informação figurará, sim, como uma liberdade preferida.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A personalidade, enquanto projeção jurídica da condição humana, passava a ter sua própria categoria de direitos que lhe são caros, que lhe são vitais, essenciais. Dessa sorte, em sendo o gênero humano — ou própria personalidade humana — dinâmico por excelência, a Teoria dos Direitos da Personalidade tem incorrido numa dinamicidade igualmente grande. É nesse contexto que falamos no direito ao esquecimento.

Quer entendido como direito autônomo, quer, tal qual se defendera aqui, visto como “apenas” um desdobramento de direitos outros já consagrados, como a privacidade, a intimidade, a honra, a imagem, o segredo etc., podendo mesmos ser considerado com uma repercussão, ainda mediata, da própria liberdade e da dignidade humana. Esse direito, novo ou não, autônomo ou não, merece, sim, destaque, justamente porque assenta-se numa sociedade dita “da informação”.

Nesse sentido, a pesquisa mostrou o caminho doutrinário percorrido para a consagração do direito ao esquecimento como prerrogativa do indivíduo, ali inserida na privacidade e liberdades mais básicas. Salientou-se, também, ainda persistir o conflito entre esse direito e uma liberdade clássica, vital, duramente conquistada após anos de censura, a liberdade de imprensa, e de seu principal desdobramento na Sociedade da Informação: o acesso às informações divulgadas na *internet*.

Como resultados, tem-se que, do conflito de dois valores tão constitucionalmente relevantes como estes, em inexistindo uma hierarquia entre eles, porque ambos constitucionais e fundamentais, a alternativa que resta é estabelecer um direito em preferência ao outro, no caso, do acesso à informação via *internet* sobre o direito ao esquecimento, segundo a interessantíssima “Teoria da Posição Privilegiada”, criada pela Suprema Corte estadunidense. Ocorreu que, em se resgatando tal doutrina, verificou-se que a ideia de preferência se devia justamente ao caráter mais cívico, político e social dos direitos albergados pelas dez primeiras Emendas à Constituição do Estados Unidos da América, e pela 14ª Emenda, que replicou tais direitos ao plano dos estados.

Esse bloco de direitos, envoltos no próprio exercício da cidadania norte-americana, estaria numa posição preferencial àqueles direitos precíua ou exclusivamente pautados no patrimônio, na propriedade privada, na liberdade econômica. A informação dos cidadãos teria sempre preferência em relação ao sigilo industrial, por exemplo, conforme se entendeu no emblemático *case* envolvendo a empresa Carolene Products Co. Na atualidade, quando muito se vislumbra a liberdade de expressão e de acesso (à *internet*) para sua exploração econômica, muitas vezes antiética ou mesmo criminosa, o caráter cívico do direito de acesso à informação acaba prejudicado, merecendo maior atenção a privacidade, a identidade e a própria dignidade das pessoas atingidas pela veiculação de determinada informação na rede.

tratura do Estado do Ceará, Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional, Fortaleza: ESMEC, 2014. p. 45. Disponível em: <<http://portais.tjce.jus.br/esmec/wp-content/uploads/2014/12/Direito-ao-Esquecimento-vs-Liberdade-de-Informa%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

Nesse sentido, chegou-se à conclusão de que, para serem efetivamente preferidas, as informações devem ser divulgadas segundo uma perspectiva realmente cívica, cidadã. Como requisitos para sua preferência, arrola-se a veracidade das informações, o manejo zeloso desses dados, a relevância histórica, científica e social que reclama um resgate de fatos delicados do passado, a preservação do nome dos envolvidos e o respeito à dignidade humana. Preenchidos tais padrões, há de se falar, sim, numa necessária preferência do direito à informação. Somente assim, há de se reportar sem recortar direitos, há de se informar sem deformar dignidades.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Luís Inácio Lucena. Liberdade de Expressão e Democracia. Realidade intercambiante e necessidade de aprofundamento da questão. Estudo comparativo. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no Brasil- Adpf 130- E a Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. esp., p. 439-450, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3231/pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

BARROS, Bruno Mello Correa de; OLIVEIRA, Rafael Santos de. O poder político e a mídia de massa: a perspectiva da fiscalização de concessões e outorgas de radiodifusão no Brasil. *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 368-383, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4625/pdf>>. Acesso em: 4 dez. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: Critérios de ponderação: Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Privado*, v. 18, abr. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BATALHA, Taianne Nayrara Sampaio. *Análise do direito ao esquecimento em face do princípio constitucional da vedação das penas de caráter perpétuo*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014. Disponível em: <<http://www.repositoriobib.ufc.br/000018/00001848.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOFF, Salete Oro; DIAS, Felipe da Veiga. O acesso à informação no campo digital: uma análise entre a sociedade da informação e a sociedade de risco, *Revista de Estudos Jurídicos*, ano 16, n. 23, p. 329-344, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4816043.pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. *VI Jornada de Direito Civil*. Brasília: CEJ, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf/@@download/file/VIJornadadireitocivil2013%20web.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2017.

BRASIL. *Projeto de lei da câmara n. 7455, de 13 de maio de 2014*. Brasília: Congresso Nacional, 2014. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=615049>>. Acesso em: 15 set. 2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial n. 1.334.097. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. Brasília, DF, 28 de maio de 2013. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=resp+1334097+RJ&&b=ACOR&p=tru>>

e&t=JURIDIC O&l=10&i=4>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial n. 1.335.153. Relator: ministro luiz felipe salomão. Brasília, DF, 28 de maio de 2013. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 set. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29411308&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Adi n. 815/DF. Relator: Min. MOREIRA ALVES, 28 de março de 1996. Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO. *Diário da Justiça*, 10 maio 1996. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744338/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-815-df>>. Acesso em: 29 out. 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Direito ao esquecimento*. Disponível em: <<https://www.buscadordireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/75fc093c0ee742f6dddaa13fff98f104>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

D'AGOSTINO, Rosanne. Três anos depois, linchamento de Fabiane após boato na *web* pode ajudar a endurecer lei. *G1, É ou não é?*, São Paulo, 1 abr. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/e-ou-nao-e/noticia/tres-anos-depois-linchamento-de-fabiane-apos-boato-na-web-pode-ajudar-a-endurecer-lei.ghtml>>. Acesso em: 25 set. 2017.

DIAS, Felipe da Veiga; CUSTÓDIO, André Viana. O discurso expansivo-punitivo dos meios de comunicação e sua influência na formação da agenda das políticas públicas de combate à criminalidade de crianças e de adolescentes no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 91-104, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2162/pdf>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

DINIZ, Igor Vinicius de Lucena; COSTA, Lucas dos Santos; MEDEIROS, Marcos Fernando M. Utilização da computação em nuvem no poder legislativo: percepções dos gestores e entraves ao uso. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 264-285, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4586/pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

HILBERT, Martin. How much information is there in the world? *Science Daily*, Science News, 11 fev. 2011. Disponível em: <<https://www.sciencedaily.com/releases/2011/02/110210141219.htm>>. Acesso em: 20 set. 2017.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

LADEUR, Karl-Heinz. New institutions for the protection of privacy and personal dignity in internet communication – “information broker”, “private cyber courts” and network of contracts. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 281-296, 2013. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2531/pdf_1>. Acesso em: 6 dez. 2017.

LIMA, Cíntia Rosa de. Direito ao Esquecimento e Internet: o fundamento legal no Direito Comunitário europeu, no Direito italiano e no Direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, n. 946, ago. 2014. Disponível em: <[http://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000148eaba224209ca070c&docguid=I273372f00d7711e4a04c010000000000&hitguid=I273372f00d7711e4a04c0100000000000&spos=4&epos=4&td=7&context=8&startChunk=1&endChunk=1](http://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000148eaba224209ca070c&docguid=I273372f00d7711e4a04c01000000000&hitguid=I273372f00d7711e4a04c010000000000&spos=4&epos=4&td=7&context=8&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 9 jul.

2017.

LIMA, George Marmelstein. A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2625>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Hierarquização de Direitos Fundamentais? *Revista de Direito Constitucional e Internacional - IBDC*, São Paulo, ano 9, jan./mar. 2001.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 8-46, 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2835/pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2017.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 48, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, v. 1, n. 5, p. 178-185, mar. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *À margem do direito*: ensaio de psychologia jurídica. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia, 1912.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*: direitos da Personalidade, direito de Família. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1955. t. 7.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ASSEMBLEIA GERAL. *Declaração universal dos direitos humanos, Resolução 217, A, III*, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 6 dez. 2017.

PAES, Luciano Marcos. Participação popular e acesso à informação ambiental para preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 277-287, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3561/pdf_1>. Acesso em: 6 dez. 2017.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*: parte geral. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. São Paulo: Renovar, 2006.

RAMOS FILHO, Evilásio Almeida. *Direito ao esquecimento versus liberdade de informação e de expressão*: a tutela de um direito constitucional da personalidade em face da sociedade da informação. Monografia (Especialização) - Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional, Fortaleza: ESMEC, 2014. Disponível em: <<http://portais.tjce.jus.br/esmec/wp-content/uploads/2014/12/Direito-ao-Esquecimento-vs-Liberdade-de-Informa%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990. *Consultor Jurídico*, 27 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

SANTANA, Héctor Valverde; VIANA, Rafael Souza. O compartilhamento de dados e informações pessoais de consumidores: o abuso dos fornecedores e as propostas apresentadas no PLS 181/2014. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 246-263, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4579/pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SUNSTEIN, Cass. *Republic.com*. Princeton: University Press, 2001.

UNITED STATES OF AMERICA. Constitution of the United States: 14th amendment. Disponível em: <[http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_14_\(1868\)](http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_14_(1868))>. Acesso em: 14 jul. 2017.

UNITED STATES OF AMERICA. SUPREME COURT. *United States vs. Carolene products co. 304 u.s. 144, 1938. Footnote 4*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/case.html#F4>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

D. PROPRIEDADE INTELECTUAL

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Direitos autorais e música:
tecnologia, direito e regulação
Copyright and music:
technology, law and regulation

Marcia Carla Pereira Ribeiro
Cinthia Obladen de Almendra Freitas
Rubia Carneiro Neves

VOLUME 7 • Nº 3 • DEZ • 2017
DIREITO E MUNDO DIGITAL

Direitos autorais e música: tecnologia, direito e regulação*

Copyright and music: technology, law and regulation

Marcia Carla Pereira Ribeiro**

Cinthia Obladen de Almendra Freitas***

Rubia Carneiro Neves****

RESUMO

A partir de abordagem multidisciplinar, o artigo analisou o presente impacto da tecnologia sobre o Direito de Propriedade Intelectual, com ênfase nos fonogramas. Considerou a essencialidade dos recursos tecnológicos para permitir a universalização do acesso à música bem como para viabilizar a preservação dos direitos autorais. Cotejou o papel regulador do Direito no tema pesquisado e as ferramentas tecnológicas que podem facilitar a identificação da autoria e a justa partilha dos resultados econômicos da obra. Resultante de projeto de pesquisa envolvendo distintos programas de pós-graduação em Direito do país, foi elaborado a partir de análise teórica e dogmática com base no método lógico-dedutivo, transportando conhecimentos da área tecnológica, de forma a facilitar a compreensão dos aspectos jurídicos e econômicos relacionados ao direito autoral de fonogramas, utilizando-se de referenciais teóricos da Ciência da Computação, do Direito de Propriedade e do Direito Econômico. A técnica de pesquisa aplicada foi documentação indireta por meio de pesquisa bibliográfica, documental e legislativa. O artigo concluiu que a tecnologia pode ser empregada como uma importante aliada na busca por soluções que compatibilizem o Direito de Propriedade Intelectual relacionado à música em seus aspectos individual e social.

Palavras-chave: Fonogramas. Direito de propriedade. Novas tecnologias. Regulação.

ABSTRACT

Based on a multidisciplinary approach, the paper presents the impact of technology on intellectual property law, focusing on phonograms. It considers the role of technological resources in granting universal access to digital works, as well as the protection of the intellectual property rights. It analyses the regulatory role of law and how it can deal with the new technological tools used for authorship identification, in order to achieve the fair apportionment of digital works' economic results. The paper resulted from a research project involving different graduate programs. The research adopted the theoretical-methodological and legal-dogmatic approaches, also applying lo-

* Recebido em 18/09/2017
Aprovado em 11/12/2017

** Professora Titular de Direito Societário PUCPR; Professora Associada de Direito Empresarial UFPR; Pós-Doutora pela FGVSP (2006) e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2012). Pesquisadora convidada Université de Montréal - Canada (2007). Advogada e Procuradora do Estado do Paraná. Email: marcia.ribeiro@pucpr.br

*** Professora Titular de Direito Eletrônico da PUCPR; Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR; Mestre em Engenharia Elétrica e Informática Industrial UTFPR e Doutora em Informática PUCPR. Email: cinthia@ppgia.pucpr.br

**** Professora Adjunta de Direito Empresarial da UFMG; Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Mestre e Doutora em Direito Comercial UFMG. Email: rubiacneves@direito.ufmg.br

gical-deductive methods. In order to facilitate the understanding of legal and economic dimensions related to the copyright of phonograms, the research combines theoretical references of Computer Science, Law and Economy. The main research technique applied was indirect documentation through bibliographical, documentary and legislative research. The paper concludes that technology can be used as an important tool to find solutions that harmonizes individual and social aspects of intellectual property law related to music.

Keywords: Phonogram. Property rights. New technologies. Regulation.

1. INTRODUÇÃO

Amplamente debatido, o Direito de Propriedade pode ser considerado desde uma conquista até um dos fatores de condução à derrocada das civilizações. Para o Direito, o foco está nos poderes que se consideram inerentes à propriedade, enquanto que, na economia, a principal preocupação está em seus efeitos e em sua vinculação ao regime de produção.

O Direito de Propriedade fornece a estrutura jurídica para alocação de recursos e distribuição de riqueza em estreita ligação, portanto, com os aspectos econômicos. Na sociedade contemporânea, os aspectos jurídicos não podem desconsiderar questões tecnológicas, as quais possibilitam, por exemplo, a generalização do acesso aos bens intelectuais, mas também proporcionam acesso não autorizado ou indevido às criações.

É nesse contexto que o artigo discute os direitos autorais associados aos fonogramas, genericamente chamados de ‘música’, iniciando pelo Direito de Propriedade e fazendo-se uma prospecção sob a ótica da Análise Econômica do Direito (AED), de modo a contextualizar o entendimento da propriedade intelectual, caracterizando o bem a ser tutelado pelo Direito e valorado pela AED. A discussão adentra os aspectos de escassez para pontuar as características de exclusividade ou não dos incorpóreos, sobretudo aqueles relacionados à propriedade intelectual. No que tange aos fonogramas, mudanças paradigmáticas decorrentes das plataformas digitais de execução e reprodução de músicas – informações armazenadas em sítios eletrônicos localizados na Internet – permitem uma abordagem distinta sobre o conceito de escassez.

Propõe-se cotejar os efeitos do reconhecimento da propriedade privada em comparação com a propriedade pública, diante de criações intelectuais, no caso específico dos fonogramas, para os quais as plataformas digitais de reprodução musical apresentam desafio especial, frente à necessidade de garantia da justa remuneração dos autores. A tecnologia pode se caracterizar como elemento facilitador do controle sobre a reprodução de fonogramas, particularmente quando o cenário nacional propicia questionamentos quanto à eficácia da regulação estatal.

Com o intuito de apresentar a proposta tecnológica do ECAD para o reconhecimento de direitos autorais com base em tecnologia de reconhecimento de padrões em músicas, primeiramente o artigo delinea, sucintamente, sem detalhar conceitos matemáticos e probabilísticos, técnicas aplicáveis ao reconhecimento automático de músicas: classificação do gênero musical (*Music Genre Classification*), reconhecimento do gênero musical (*Music Genre Recognition*), identificação de músicas (*Music Identification*) e recuperação de informação musical em larga escala (*Recovery of Musical Information in Large Scale*). Para tal, a conceituação técnica de reconhecimento de padrões e aprendizagem de máquina se fez necessária.

Na sequência, o artigo traz argumentos relacionados à ação regulatória estatal dos direitos autorais de músicas apresentando questionamentos imprescindíveis do ponto de vista dos direitos sociais, na perspectiva da nova ordem trazida pelo texto constitucional de aplicação imediata, isto é, dotada de força normativa plena.

Ao final, expõe suas conclusões para que os pensamentos trabalhados no artigo possam servir de base para novos e mais conclusivos estudos sobre o instigante tema.

O artigo é resultado de projeto de pesquisa envolvendo distintos programas de pós-graduação em Direito do país e foi elaborado a partir de análise teórica e dogmática com base no método lógico-dedutivo, transportando conhecimentos da área tecnológica de forma a facilitar a compreensão dos aspectos jurídicos e econômicos relacionados ao direito autoral de fonogramas. A técnica de pesquisa aplicada foi a de documentação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica, documental e legislativa.

2. TECNOLOGIA, MÚSICA E MERCADO

A convergência das tecnologias de computação (computador), telefonia móvel (celular) e televisiva (televisão), quando associada à banda larga, proporciona a chamada revolução digital, também conhecida como “A Quarta Revolução Industrial”¹, que teria por base oferecer ao mundo ubiquidade e mobilidade. Nessa quarta revolução, a sociedade caminharia para a convergência entre a inteligência artificial (IA) e a aprendizagem de máquina (AM) como motores da produção de informação e conhecimento. É tempo de mudança do pensamento linear para tempos de ruptura, ao se ter em mente a economia organizada sob demanda ou compartilhada, a escala de aplicação e a velocidade de propagação das novas tecnologias. O mundo nunca esteve tão mutante e adaptativo. Tal qual mencionado por Schwab, os chamados “bens de informação”, como músicas, vídeos, jogos e softwares estão aí para quem desejar experimentá-los².

Três pilares sustentam a *revolução digital*, a saber: velocidade, amplitude e profundidade e, por último, impacto sistêmico. Schwab explica que as mudanças estão ocorrendo em um ritmo exponencial e não linearmente, como tradicionalmente se busca descrever e entender a tecnologia.³ Além disto, a combinação de várias tecnologias (multiplataformas, multitarefas, dentre outras) e a transformação de sistemas inteiros (desde países até empresas) “não está modificando apenas ‘o que’ fazemos e ‘o como’ fazemos, mas também ‘quem somos’⁴.

E nessa busca incessante por melhorias e inovações tecnológicas, o mercado das informações sofrerá as consequências do “efeito plataforma”, de modo que se prospecta que haverá “(...) concentração de poucas plataformas poderosas que dominam seus mercados”⁵.

O advento da música digital – aquela gravada e disponibilizada a partir de equipamentos eletrônicos – favoreceu o maior interesse por esse tipo de obra porque associada à tecnologia. Dentre todos os conteúdos disponíveis na Internet, a música é parte significativa, sendo possível acessar desde partes de músicas até álbuns inteiros. O “*IFPI Global Music Report*”, do ano de 2017, apresenta dados interessantes sobre o mercado mundial da música, demonstrando que o mercado global de música gravada cresceu 5,9% em 2016, a maior taxa desde que o IFPI começou a rastrear o mercado em 1997, de modo que as receitas totais para 2016 foram de US \$ 15,7 bilhões. A renda digital representou 50% da receita global e atingiu 112 milhões de usuários de assinaturas pagas de *streaming*, gerando um crescimento de receita de 60,4%. Esse crescimento do *streaming* mais do que compensou a queda de 20,5% nos *downloads* e a queda de 7,6% na receita decorrente do mercado de música disponibilizada em formato físico⁶.

De acordo com o relatório, a América Latina foi, pelo sétimo ano consecutivo, a região com maior crescimento em receita, registrando aumento de 12%. O México, o segundo maior mercado da região, cresceu 23,6%, enquanto o maior mercado, o Brasil, diminuiu 2,8% no ano de 2016⁷.

1 SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

2 SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 18.

3 SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

4 SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 13.

5 SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 21.

6 INTERNATIONAL FEDERATION OF THE PHONOGRAPHIC INDUSTRY - IFPI. *Global music report*. 2017. p. 14-10. Disponível em: <<http://www.ifpi.org/downloads/GMR2017.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

7 INTERNATIONAL FEDERATION OF THE PHONOGRAPHIC INDUSTRY - IFPI. *Global music report*. 2017. p. 15. Dis-

O relatório ainda aponta que a indústria global da música continua a trabalhar para enfrentar a distribuição ilegal que prejudica o mercado legítimo. A IFPI e seus grupos nacionais identificaram 19,2 milhões de URLs⁸ com hospedagem de conteúdo infrator em 2016 e emitiram 339 milhões de pedidos para o Google, exigindo que tais endereços fossem retirados das listas de retorno das buscas⁹.

Todo esse mercado passou por mudanças e adaptações para alcançar essas cifras. E tais mudanças vieram desde o disco de vinil até o *smartphone*, passando pela fita cassete, pelo CD, DVD e mp3; dentre outros aparatos, mídias e tecnologias. Surgiram também as lojas de música digital, mencionando-se, também, o compartilhamento ilegal de músicas¹⁰. Não se pode deixar de mencionar as discussões e reflexões trazidas a partir das licenças Creative Commons, as quais oportunizam a flexibilização dos Direitos Autorais, porém os resultados descritos por Rebouças e Santos apontam que ainda há proteção da propriedade muito acentuada no direito autoral tradicional, “(...) frustrando quem pudesse esperar das licenças um novo paradigma na relação entre criação, produção e circulação coletiva de ideias”¹¹.

Para analisar a influência das mudanças mercadológicas e tecnológicas sobre os direitos autorais associados à música e refletir sobre as implicações regulatórias ligadas à sua proteção e dos direitos sociais, antes é necessário apresentar pequeno esboço sobre o conceito de propriedade. Procurou-se fazê-lo sob a ótica da Análise Econômica do Direito a fim de possibilitar fosse realizada ponderação sobre a relação entre escassez, proteção e atribuição ou não do direito de exclusividade sobre a música.

3. DIREITO DE PROPRIEDADE SOB A ÓTICA DA AED

Inicialmente, cabe contextualizar o entendimento da propriedade intelectual de modo a caracterizar o bem jurídico a ser tutelado pelo Direito e valorado pela Análise Econômica do Direito. Assim, Cooter e Ulen destacam as variações que a noção de propriedade ostenta no tempo e no espaço. Na Inglaterra do séc. XVIII, o Direito de Propriedade é considerado em termos absolutos ao permitir ao proprietário o controle completo sobre os recursos, demonstrando-se como guardião de todo e qualquer direito¹². Já na África do século XX, há experiências relatadas no continente africano, nas quais a propriedade é tomada como fator que gera responsabilidade e não liberdade, a ponto de se ter como premissa que aqueles que possuem bens ou riquezas devem contribuir para a prosperidade de seus parentes mais próximos¹³.

Ao mesmo tempo em que a propriedade pode ser vista como um instrumento de promoção das liberdades individuais — como elemento indissociável do sistema capitalista de mercado que permitirá a liberdade de escolha do indivíduo —, pode também ser tomada, como visto, como geradora de deveres para com outras pessoas e a sociedade.

Essa linha de pensamento pode ser adotada em relação à propriedade material, e foi dessa modalidade

ponível em: <<http://www.ifpi.org/downloads/GMR2017.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

8 URL: do inglês *Uniform Resource Locator*, é o endereço pelo qual o usuário acessa um determinado sítio eletrônico.

9 INTERNATIONAL FEDERATION OF THE PHONOGRAPHIC INDUSTRY - IFPI. *Global music report*. 2017. p. 37. Disponível em: <<http://www.ifpi.org/downloads/GMR2017.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

10 FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; PAMPLONA, Danielle Anne; BATIMARCHI, Paulo Henrique. O modelo econômico do grátis na Internet e o direito de autor: o caso K-Lite Nitro. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 69, p. 28-49, 2015; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. Sociedade da informação e darknets. In: WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol (Org). *Inclusão Tecnológica e Direito a Cultura: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento*. Florianópolis-SC: Fundação Boiteux, 2012. v. 1. p. 66-87.

11 REBOUÇAS, Gabriela Maia; SANTOS, Fernanda Oliveira. Direito autoral na cibercultura: uma análise de acesso aos bens imateriais a partir das licenças creative commons 4.0. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

12 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Tradução de Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 89.

13 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Tradução de Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 89.

que se originou, como também quando se está diante da propriedade imaterial, conhecida, historicamente, a partir das grandes descobertas científicas da humanidade¹⁴, mas acentuada em sua complexidade e diversidade a partir da segunda metade do século XX.

Sob a ótica econômica, o reconhecimento da propriedade privada corpórea é uma forma de enfrentar a escassez dos bens e recursos.¹⁵ Nessa seara, a consagração normativa da propriedade, seu reconhecimento e a imposição de mecanismos de proteção do proprietário, quanto ao seu direito exclusivo sobre os bens, é indispensável à otimização da capacidade de produção do homem, pois é o regime jurídico da propriedade privada que o isenta de gastar todos os seus recursos e energias na atividade de proteção de seus bens, permitindo-lhe que participe de processos de geração de riqueza. Ou seja, não seria eficiente imaginar que o indivíduo não pudesse voltar-se a atividades produtivas, já que estaria absorto, exclusivamente, na ação de proteção de seu patrimônio ou de sua família.

Por outro lado, a partir do momento em que o homem deixa de ser nômade, a vida em sociedade caminha para a definição territorial dos direitos materiais, já que é da terra que se tirava o sustento e será na busca pela ampliação territorial que estará centrado o modelo econômico dominante por muitos séculos.

Para além da propriedade privada dos bens pessoais e familiares para moradia, há a propriedade sobre bens corpóreos móveis e imóveis utilizados em sua vocação econômica de geração de riqueza. Para fins de compreensão dessa modalidade e de seus efeitos, deve-se analisar de forma destacada os chamados bens de produção, enquadrando-se nessa categoria as matérias primas, as máquinas e equipamentos utilizados pelo empresário no exercício de sua atividade profissional, assim como, projetando-se ao campo dos bens incorpóreos, poder-se-ia trazer para a base do pensamento, os bens de natureza imaterial: as marcas, as invenções, os modelos de utilidade, dentre outros. E, mais recentemente, os nomes de domínio e os programas de computador (*software*).

Diferentes funções são reconhecidas aos bens, pois podem ser destinados ao bem-estar das pessoas como também à geração de riqueza. Não é por acaso que a Constituição brasileira consagra o Direito de Propriedade sob a ótica do direito à propriedade individual (art. 5º) e também o relaciona à ordem econômica (art. 170). Capítulos distintos que, ao mesmo tempo, asseguram o direito à propriedade — de forma harmônica à ideia de se garantir ao indivíduo que possa atuar em sua vocação econômica e não se limitar à perene defesa de seus bens — e o Direito de Propriedade sobre bens de produção. Em ambas as circunstâncias, assegura-se que o regime jurídico pátrio seja centrado na aceitação do direito de propriedade, porém com limitação em seu exercício pela função social.

Dentre os bens que geram riquezas, há categorias que, no regime jurídico brasileiro, se sujeitam a ordens jurídicas diversas: a propriedade industrial, regulada pela Lei de Propriedade Industrial – Lei nº 9.279, de 14/05/1996, o direito sobre o software – Lei nº 9.609 de 19 de fevereiro de 1998, e o Direito Autoral – Lei nº 9.610, de 19/02/1998.

Todas essas modalidades de propriedade têm o potencial de gerar riqueza. A propriedade industrial voltada à atividade inventiva, a marca e outros elementos identificadores de produtos e serviços com potencial de produção em larga escala para abastecimento do mercado; e os direitos autorais, cuja proteção independe de aplicação industrial ou comercial, voltando-se às obras intelectuais circunscritas às criações do espírito.

14 RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Do particularismo normativo em matéria de propriedade imaterial: legislar para quê(m)? In: NETO, Antenor D.; CASTRO, Rodrigo Pironte A. *Temas de direito econômico: a copa do mundo de 2014 e os jogos olímpicos de 2016*, Curitiba: Clássica Editora, 2013. p. 13.

15 SANTOS, Laura Meneghel dos; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Direitos de propriedade e instrumentos econômicos de regulação ambiental: uma análise das atribuições implícitas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 97-120, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4633/pdf>>. Acesso em: 26 out. 2017.

3.1. Características de exclusividade e não exclusividade

Os bens relacionados à propriedade intelectual, por características próprias, estão expostos a formas de escassez diferentes das que se reconhece aos bens materiais. Ou seja, existe a possibilidade ilimitada de utilização dos imateriais, por diversos agentes e de forma simultânea. Assim, nesse caso a escassez não é uma característica própria da individualidade cada bem.

No âmbito da propriedade intelectual, a escassez não pode ser considerada uma característica inata, pois a obra intelectual pode estar ao mesmo tempo em milhões de exemplares. Diferentemente dos bens corpóreos que em razão de sua materialidade são escassos e pela própria natureza se sujeitam a uso excludente, não comportando utilização simultânea.

No campo dos bens intelectuais, a escassez gerada pelo direito de exclusividade é, portanto, artificialmente criada por diversos fundamentos. No âmbito da propriedade industrial, é facilmente associada à necessidade de se garantir ao titular direitos que lhe permitam recuperar os investimentos realizados em pesquisas. A exclusividade no uso de uma patente de invenção pelo prazo de 20 anos e do modelo de utilidade por 15 anos, ou ainda, o registro de marca por 10 anos, renováveis por iguais períodos indefinidamente, estão inseridos num sistema que envolve para os dois primeiros a concessão de patente que assegura direitos exclusivos de exploração que podem ser negociados para produção por outros empresários, desde que com o consentimento do seu titular, mediante remuneração. Quanto à marca, a representação permite gerar as características distintivas de produtos e serviços, que o consumidor identifique condições associadas à marca, que diminui custos, já que as informações sobre as qualidades dos produtos e serviços são supostamente associadas à marca e independem de novos custos voltados à obtenção de informações. As marcas são sinais (signos) distintivos tanto de produtos como de serviços que facilitam as negociações e são, como dito, associadas a determinados fabricantes, além de decorrerem de altos investimentos em publicidade.

Quer seja pela inovação que traz ao estado de técnica, seja pela facilitação nas relações negociais, a propriedade intelectual cria escassez ao estabelecer uma exclusividade artificial para o titular que tem por consequência a atribuição de valor para bens incorpóreos relacionados, no caso da propriedade industrial, à produção e circulação de bens e serviços. É a escassez que cria o pressuposto da precificação. Bens que sejam encontrados de forma ilimitada na natureza, por exemplo, não serão objeto de precificação. Não há lógica em se imaginar que haja algum interessado em pagar um preço por algo a que possa ter acesso sem custos. Por isso, o mercado da música vem sofrendo alterações paradigmáticas quando o tema é direitos autorais.

Em relação à propriedade industrial, a Lei brasileira considera que o prazo de 20 anos na hipótese da patente de invenção é um prazo razoável para que o inventor se sinta recompensado de seus investimentos, ou ainda, para que possa financiar novos processos inventivos. A propriedade industrial assegura ao seu titular, portanto, um direito de exclusividade de exploração que julga adequado sob a ótica do titular e da sociedade humana, destinatária do que é produzido e negociado no mercado.

Na hipotética situação em que o sistema não garanta o direito temporário de exclusividade — acompanhado de uma publicação de fórmulas e croquis que antecederem à concessão da patente e que garantisse que a criação intelectual patenteada já passasse a incorporar o estado de técnica, condicionada, no entanto, ao pagamento de *royalties* ao titular para fins de exploração comercial — ou o Poder Público seria obrigado a tomar para si toda a iniciativa em pesquisa patenteável, ou se estaria à mercê de atividades científicas sem fins lucrativos, o que, certamente, retardaria ou até mesmo inviabilizaria o processo de aprimoramento tecnológico.

O mesmo raciocínio é aplicável à propriedade intelectual sobre o programa de computador (*software*) e sobre os direitos autorais. A primeira é mais facilmente associada ao desenvolvimento tecnológico. Em vez de estar vinculada, diretamente, a produtos ou a serviços, insere-se no âmbito da combinação de algoritmos aptos a fazer funcionar um equipamento, ou até mesmo, a aperfeiçoar tal funcionamento por meio da substituição da matriz humana. A Lei nº 9.609, de 19/02/1998, confere ao programa de computador o prazo de

50 anos para a titularidade, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação. Já o direito autoral tem suas bases na criação literária, artística ou científica e opera com o prazo de titularidade desde a sua criação até 70 anos após o ano subsequente ao falecimento do autor. É aqui que a música se encaixa quando se discute direito autoral.

O que une todas as formas de propriedade já mencionadas é a necessidade de reconhecimento de direitos tanto ao autor quanto ao titular para a exploração exclusiva do fruto de sua criatividade, já que, também, o criador precisa ser remunerado pelo que produz, sob pena de ver-se privado do tempo necessário para a produção intelectual, seja literária, artística ou científica, que seria usado em proveito de seu próprio sustento.

No campo do direito autoral, a Constituição brasileira também teve a cautela de consagrar o reconhecimento de direitos morais e patrimoniais, ao mesmo tempo em que torna a cultura, indissociável da produção autoral, como um direito social a ser reconhecido ao autor, criador e cidadão.

O que, no âmbito da propriedade corpórea móvel e imóvel, é funcionalizado em termos sociais, no direito autoral, é transformado em bem essencial, cujo direito de acesso é assegurado a todos como parte do Direito à Cultura, uma vez que integrante dos direitos humanos, estando assegurado na Constituição Federal (art. 215).

Assim, no que se refere às relações estabelecidas a partir de direitos autorais no âmbito da internet, concorda-se com Rebouças e Santos¹⁶. O ciberespaço pode configurar espaço de trocas e enriquecimento criativo da coletividade, podendo haver neste ambiente o deslocamento do viés patrimonialista em prol de formas de livre acesso aos direitos autorais com estímulo à apropriação criativa. Mas, sem ser uma imposição, um dever, pois não se pode deixar de admitir a aceitação constitucional do direito autoral como propriedade intelectual, cuja remuneração serve para estimular o autor e garantir o seu sustento.

O quadro teórico constitucional é, todavia, imperfeito, pelo fato de a teoria estar sujeita aos limites (de escassez) característicos da realidade à qual será aplicada. Funcionalizar o direito de propriedade significa, por exemplo, reconhecer a necessidade de recursos públicos para a desapropriação de áreas improdutivas; assegurar o direito de acesso à cultura pode, por sua vez, esbarrar na necessidade de remuneração do autor, evitando-se, por exemplo, a reprodução não autorizada ou indevida de produções musicais.

Observa-se a tensão entre a propriedade intelectual e a própria tecnologia. Não é desconhecido que o uso de LPs foi substituído pela tecnologia dos CDs, que, por sua vez, perdem espaço considerável para plataformas digitais de execução e reprodução de músicas. O princípio da escassez que estava associado à propriedade de um LP ou de um CD não se mantém intacto, fruto da popularização das plataformas digitais de execução de músicas. As plataformas, por sua vez, na busca de sua remuneração, trabalham pelo desenvolvimento de ferramentas tecnológicas que possam coibir reproduções não autorizadas, ao tempo em que os artistas buscam amparo em associações que estabeleçam mecanismos de retribuição pela sua obra.

Todos esses movimentos se processam num ambiente em que uma ferramenta inibitória de uso costuma ser suplantada por outra que age em sentido inverso, o que exige do Direito, e, especialmente do Direito de Propriedade, um constante processo de atualização. A definição do âmbito do que se está protegendo, ou seja, a definição correta do direito de propriedade é condição indissociável da paz social e garantia de perpetuação da atividade criadora.

3.2. Porque atribuir a propriedade privada

Algumas escolas da economia focam a busca pela eficiência na correta definição dos direitos de propriedade¹⁷. Consideram que a acertada alocação da propriedade e a adequação do regime jurídico sobre ela

16 REBOUÇAS, Gabriela Maia; SANTOS, Fernanda Oliveira. Direito autoral na cibercultura: uma análise de acesso aos bens imateriais a partir das licenças creative commons 4.0. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

17 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução de Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5.

incidente são instrumentais que permitirão os resultados mais eficientes em termos de redução de custos de forma a consolidar a justiça alocativa em uma de suas formulações.

No âmbito do Direito, pelo fato de fundar-se em valores que são consagrados pelas normas jurídicas, outra forma de justiça ganha relevância, qual seja a justiça distributiva.

Em sua condição alocativa, a justiça existirá quando as partes envolvidas na disputa puderem ser deixadas numa situação de equilíbrio na qual, de um lado, a melhoria de uma das partes tivesse por consequência a piora da condição de outra (trata-se da chamada situação de equilíbrio paretiano); de outro lado, os bens em litígio seriam alocados a quem lhes atribuisse mais valor ou melhor uso.

Para os bens, a Constituição brasileira determina que seja considerada a sua função social. No caso do direito autoral, impende que seja compreendido no âmbito do direito de acesso aos bens culturais, caminho para se chegar à prestação de uma justiça (em termos não apenas de prestação do Poder Judiciário, mas de sistema justo) distributiva ou reequilibrada das relações sociais.

Tais determinações podem ser cotejadas com os benefícios e os malefícios do reconhecimento da propriedade privada em comparação com a propriedade pública.

É também da doutrina econômica que se extrai uma reflexão conhecida como Tragédia dos Comuns¹⁸. Trata-se de uma paródia sobre os efeitos potencialmente negativos da desconsideração do direito de propriedade privada e a eficiência que se pode relacionar ao regime privado. Imagine-se um lago que esteja situado numa área de acesso público, em que qualquer pessoa possa, fazendo uso de qualquer metodologia de pesca, retirar do lago os peixes para venda ou para consumo próprio. Sem considerar o período de reprodução dos peixes, sem normas quanto à preservação da flora e fauna locais. O resultado seria, em médio prazo, que todos sairiam perdendo, já que, pelo desrespeito ao ciclo reprodutivo e outras características ambientais, os peixes deixariam de existir em sua quantidade originária ou por completo. Logo, o que teria sido pensado como uma estratégia justa (acesso a todos) poderia se converter num resultado negativo para todos.

Na hipótese, caso houvesse algum tipo de delimitação, os resultados poderiam ser melhorados. Por exemplo, se fossem atribuídos aos moradores locais direitos de propriedade sobre quantidades limitadas de tempo ou de modelo de pesca ou de extração pela pesca, de forma a respeitar-se estratégias voltadas para que o ambiente de pesca fosse perenizado, a resposta poderia ser muito mais eficiente. Além da preservação do próprio direito atribuído (de exploração da pesca), os cidadãos que tivessem recebido seus direitos de exploração delimitada, poderiam até mesmo negociá-los para com outros cidadãos que tivessem maior interesse na concessão, num processo de transferência de bem do que atribui menos valor, para o que atribui maior valor, o que maximizaria a utilidade dos recursos.

Além disso, os modelos econômicos que buscaram alguma experiência com menosprezo à propriedade privada não podem ser considerados exemplos a serem seguidos. O proprietário tende a ser mais zeloso e a colaborar para o alongamento da vida útil de seus bens, já que se sente parte do processo. Em contrapartida, o que é considerado de todos pode ser associado à ideia contraposta, ou seja, ser considerado como não pertencente a ninguém, de forma a estimular um uso que pode conduzir no mínimo a resultados pouco eficientes, no máximo à extinção da fonte do próprio proveito.

Portanto, ao se buscar uma justificativa para a atribuição da propriedade privada aos bens móveis, imóveis e intelectuais, é possível que sejam identificadas várias delas. Para os bens móveis e imóveis, assegurar ao proprietário a existência de reconhecimento e de proteção aos seus bens, garantindo-lhe a segurança suficiente para que possa concentrar-se em atividades que não sejam relacionadas à proteção desses bens, quer seja no âmbito produtivo ou de lazer. Para os bens intelectuais, existe a necessidade de tornar-se a atividade

ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

18 AGUSTINHO, Eduardo. As tragédias dos comuns e dos anticomuns. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

criativa atrativa e suficiente para que os custos de produção sejam superados, os investimentos em novos produtos possibilitados e as aspirações pessoais de sustento e sucesso sejam viabilizadas pelo regime jurídico incidente sobre tais bens. Daí decorre o relevante papel atribuído ao Direito de propiciar uma definição de direitos que seja ao mesmo tempo clara, simples e tendente à eficiência.

Algumas tentativas, para além das já comentadas neste artigo, podem ser extraídas das experiências com a Lei da Inovação (Lei nº 10.973, de 2/12/2004) que busca a estabelecer um ambiente de segurança na definição dos direitos dos diversos agentes envolvidos num processo inventivo, como por exemplo, empregador e empregado, Universidades e pesquisadores, tendo como objetivo incentivar à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. No campo do Direito Autoral, há muitos desafios a serem ultrapassados. As recentes tendências na seara da produção musical trazem novas provocações para aquele que opera com o Direito, numa indissociável interação entre tecnologias e atribuição do direito de propriedade. Eis o confronto entre acesso e propriedade, entre o Direito e a Tecnologia.

Conforme já se fez referência, no universo do Direito, alguns outros elementos se somam aos econômicos, como a evolução tecnológica.

Nas plataformas digitais de reprodução musical, o desafio da justa remuneração pode ser ultrapassado com base em estratégias de absorção pelo Direito da definição jurídica do instituto, mas, para além da definição, do controle sobre a reprodução, além do amadurecimento sobre a reflexão relacionada à subordinação à autoridade estatal — a quem caberia, sob determinada linha de pensamento — da representação dos direitos dos artistas e a oferta da estrutura indispensável à sua defesa, em comparação ao estímulo a que organizações de representação privada mantenham uma posição de prevalência nessa tarefa, como é o caso das associações existentes no sistema brasileiro voltado aos Direitos Autorais Musicais, a saber: Associação de Autores – ASA, Sociedade de Autores Brasileiros e Escritores de Música – SABEM, Associação de Músicos e Arranjadores e Regentes – AMAR, Associação dos Intérpretes e Músicos – ASSIM e, ainda, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD.

Quanto ao acesso à cultura, há reconhecidas distorções que, também, precisarão ser superadas, já que o próprio conceito de cultura pode ser manipulado a ponto de inviabilizar a correta utilização dos recursos disponibilizados, a exemplo da Lei Rouanet (Lei nº 8.313, de 23/12/1991) e a utilização de recursos para fins privados dissociados do ideal de difusão da cultura.

A experiência pela qual passa a sociedade brasileira traz um fator adicional que deve ser considerado e talvez contribua para a perda da ilusão regulatória: a ação dos poderes organizados (Executivo, Legislativo e Judiciário) não significa melhores intenções ou melhores resultados, sendo, em várias ocasiões, decorrência da prevalência de interesses de grupos (representativos ou não representativos) ou pessoais sob a roupagem de um suposto interesse social ou interesse público. Com base no exposto sobre o Direito de Propriedade sob a ótica da AED, passa-se a apresentar as tecnologias já existentes para o reconhecimento de fonogramas, permitindo ter a tecnologia como aliada na busca de soluções para fazer valer os direitos patrimoniais sobre o bem intelectual, a música.

4. TECNOLOGIAS APLICÁVEIS AO RECONHECIMENTO DE MÚSICAS

Quando se analisa os direitos autorais relacionados à música, é imprescindível que se faça uma distinção entre o Direito de Propriedade em seu aspecto remuneratório, que se refere à remuneração do autor ou titular da obra, e o Direito de Propriedade em seu aspecto funcional, relativo às funções de proteção dos direitos do autor, do titular e dos interessados nos direitos autorais que inclusive se interconecta com a proteção dos direitos sociais previstos na Constituição brasileira. Voltando-se ao aspecto remuneratório do Direito de Propriedade Imaterial relacionado à música, este tópico pretende demonstrar que a tecnologia pode influenciar na efetivação dos direitos do autor ou titular da obra.

Inicialmente, deve-se ter como premissa básica que toda tecnologia que permite identificar uma música ou, em sentido mais amplo, um gênero musical, refere-se à área do conhecimento humano denominada de Reconhecimento de Padrões

Reconhecer padrões não é somente atividade humana, sendo uma das atividades mais complexas e interessantes realizadas pelo cérebro. Zanibbi¹⁹ explica que o Reconhecimento de Padrões é “a identificação de objetos, tipos ou relacionamentos implícitos em dados brutos por um animal ou máquina”²⁰. Explica, ainda, que se busca responder, frequentemente, as seguintes perguntas: “*What is it? Where is it? How is it constructed?*”.

Desde a infância, ao olhar um objeto em uma cena complexa, o ser humano pode classificá-lo e nomeá-lo dentre todos os demais objetos existentes na referida cena. Podem ser citados como exemplos: verificar se uma determinada pessoa se encontra em um grupo de pessoas, se um livro está numa estante ou se um carrinho de brinquedo está na caixa de brinquedos, entender palavras faladas por diferentes locutores, ler e, até mesmo, distinguir aromas. São muitas as comparações e ‘processamentos’ que são realizados no cérebro a partir da captura de dados por meio dos cinco sentidos: visão, audição, paladar, tato e olfato.

Jain e Duin afirmam que “os seres humanos são os melhores reconhedores de padrões na maioria dos cenários, mas não entendemos completamente como reconhecemos padrões”²¹. Por isso essa atividade é tão interessante e apresenta desafios à área da Ciência da Computação. Aksoy estabelece uma relação mais ampla para definir ‘reconhecimento de padrões’, a saber: “é o estudo de como as máquinas podem observar o ambiente, aprender a distinguir os padrões de interesse e tomar decisões ótimas considerando as categorias dos padrões”²².

O reconhecimento de um determinado padrão de interesse consiste em estabelecer, a partir de uma forma desconhecida (uma cena, placa de veículo, assinatura, impressão digital, face, voz, escrita humana, música, dentre outros), sobre um conjunto de formas conhecidas, quais, dentre as formas desse conjunto mais se assemelham à forma desconhecida e, a partir desses elementos, permite tomar uma decisão quanto à melhor hipótese.²³ Matematicamente, o reconhecimento consiste em decodificar uma representação da forma desconhecida atribuindo-se uma das classes conhecidas ou de referências.²⁴

Essa decisão é efetuada, geralmente, pelos seres humanos e, também, pelos sistemas computacionais, medindo-se a semelhança da forma desconhecida com um conjunto de referência (ou modelos) armazenados na memória e descritos em uma representação análoga.²⁵ Por exemplo, o ser humano possui, em sua memória, os rostos dos amigos e das pessoas que conhece. Já os computadores podem armazenar imagens e rostos em bases de dados.

19 ZANIBBI, Richard. *Pattern recognition: an overview*. 2009. p. 2. Disponível em: <<https://www.cs.rit.edu/~rlaz/prec20092/slides/Overview.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

20 Texto original: *The identification of implicit objects, types or relationships in raw data by an animal or machine*.

21 JAIN, Anil K.; DUIN, Robert P. W. Introduction to pattern recognition. In: Gregory (Ed.). *The Oxford Companion to the Mind*. 2. ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2004. p. 698-703. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/d3c5/b56265658256f51b8abcb8048f5ff4281c09.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

22 AKSOY, Selim. *Introduction to pattern recognition*. Bilkent University. 2016. Disponível em: <http://www.cs.bilkent.edu.tr/~saksoy/courses/cs551/slides/cs551_intro.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017. Texto original: *Pattern recognition is the study of how machines can: observe the environment, learn to distinguish patterns of interest, make sound and reasonable decisions about the categories of the patterns*.

23 FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. 2001. 188 f. *Uso de modelos escondidos de markov RECONHECIMENTO DE PALAVRAS MANUSCRITAS DO EXTENSO DE CHEQUES BANCÁRIOS BRASILEIROS ATRAVÉS DE MODELOS ESCONDIDOS DE MARKOV – HMM para reconhecimento de palavras manuscritas*. Dissertação (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Informática, Curitiba-PR, 2001.

24 FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. 2001. 188 f. *Uso de modelos escondidos de markov RECONHECIMENTO DE PALAVRAS MANUSCRITAS DO EXTENSO DE CHEQUES BANCÁRIOS BRASILEIROS ATRAVÉS DE MODELOS ESCONDIDOS DE MARKOV – HMM para reconhecimento de palavras manuscritas*. Dissertação (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Informática, Curitiba-PR, 2001.

25 FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. 2001. 188 f. *Uso de modelos escondidos de markov RECONHECIMENTO DE PALAVRAS MANUSCRITAS DO EXTENSO DE CHEQUES BANCÁRIOS BRASILEIROS ATRAVÉS DE MODELOS ESCONDIDOS DE MARKOV – HMM para reconhecimento de palavras manuscritas*. Dissertação (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Informática, Curitiba-PR, 2001.

Desse modo, entende-se que para “reconhecer é preciso conhecer”²⁶. Um ser humano somente reconhece um objeto ou um rosto se já o conheceu anteriormente, em outra situação, cena, tempo ou espaço. Bishop afirma que “*A key concept in the field of pattern recognition is that of uncertainty*”²⁷, ou seja, tanto o ser humano como os sistemas computacionais incorrem em erros devido aos ruídos que podem surgir, por exemplo, o rosto de um amigo está modificado por óculos, um chapéu ou um novo corte ou cor nos cabelos. O ser humano tem ainda a capacidade de resolver ambiguidades ou informações que estejam incompletas, de forma a permitir a realização de previsões ótimas com todas as informações disponíveis, mesmo que essa informação possa estar incompleta ou ambígua.²⁸

De um modo geral, a área de Reconhecimento de Padrões envolve cinco tipos de categorias de objetivos para os sistemas computacionais, a saber: identificação, verificação, autorização/autenticação e reconhecimento. Todas essas categorias são abarcadas de um modo geral pelo que se denomina classificação, ou seja, a partir de uma forma desconhecida deseja-se classificá-la, encontrar a classe à qual essa forma pertence ou mais se assemelha. Corso explica que classificar é atribuir uma categoria ao objeto com base nos atributos extraídos durante a fase de extração de primitivas²⁹. Para Zanibbi a classificação responde à pergunta: o que é isto? (*What is it?*)³⁰. Jain e Duin explicam que a classificação é a tarefa de agrupar padrões em classes de padrões³¹.

A identificação permite comparar uma forma adquirida e desconhecida com todas aquelas armazenadas em uma base de referência que não se tem certeza se contém ou não a forma desconhecida. O objetivo é, portanto, encontrar ou não a forma desconhecida na base de dados. Esse tipo de sistema é conhecido como 1 para *n*, ou ‘um-para-muitos’, visto que a forma desconhecida é comparada a várias outras formas. A tarefa de verificação consiste em comparar uma forma adquirida com uma base de referência de um objeto específico. O objetivo é verificar se a forma desconhecida pertence ou não ao objeto de interesse. A autorização ou autenticação visa fornecer permissão para um determinado acesso (físico, lógico ou de recursos) a partir da prova de identidade. O objetivo é fornecer acesso, somente, a quem tiver permissão. Esse tipo de sistema é conhecido como 1 para 1, ou ‘um-para-um’, visto que a forma desconhecida é comparada somente com formas análogas. O uso da identificação é mais amplo que a autenticação e pode ser aplicada em casos como a identificação de criminosos e suspeitos ou na localização de desaparecidos.

Qualquer que seja o objetivo no reconhecimento de padrões, lança-se mão de técnicas de Aprendizagem de Máquina (*Machine Learning*). Nesse ponto, a discussão sobre aprendizagem não é filosófica nem psicológica, muito menos pedagógica. É computacional. Carbonell, Michalski e Mitchell definem Aprendizagem de Máquina:

Aprender é um processo multifacetado. O processo de aprendizagem inclui a aquisição de novos conhecimentos declarativos, o desenvolvimento de habilidades motoras e cognitivas por meio da

26 FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. 2001. 188 f. *Uso de modelos escondidos de markov* RECONHECIMENTO DE PALAVRAS MANUSCRITAS DO EXTENSO DE CHEQUES BANCÁRIOS BRASILEIROS ATRAVÉS DE MODELOS ESCONDIDOS DE MARKOV – HMM para reconhecimento de palavras manuscritas. Dissertação (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Informática, Curitiba-PR, 2001.

27 FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. 2001. 188 f. *Uso de modelos escondidos de markov* RECONHECIMENTO DE PALAVRAS MANUSCRITAS DO EXTENSO DE CHEQUES BANCÁRIOS BRASILEIROS ATRAVÉS DE MODELOS ESCONDIDOS DE MARKOV – HMM para reconhecimento de palavras manuscritas. Dissertação (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Informática, Curitiba-PR, 2001. p. 12.

28 BISHOP, Christopher M. *Pattern recognition and machine learning*. Springer Science+Business Media, LLC: Singapore, 2006. p. 12.

29 CORSO, Jason. *Introduction to pattern recognition*. 2013. Disponível em: <https://www.cse.buffalo.edu/~jcorso/t/CSE555/files/lecture_introduction.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017. Texto original: *Classification is to assign an category to the object based on the feature vector provided during feature extraction*.

30 ZANIBBI, Richard. *Pattern recognition: an overview*. 2009. p. 3. Disponível em: <<https://www.cs.rit.edu/~rlaz/prec20092/slides/Overview.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

31 JAIN, Anil K.; DUIN, Robert P. W. Introduction to pattern recognition. In: Gregory (Ed.). *The Oxford Companion to the Mind*. 2. ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2004. p. 698-703. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/d3c5/b56265658256f51b8abcb8048f5ff4281c09.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

prática ou de instrução, a organização de novos conhecimentos em representações gerais e efetivas, e a descoberta de novos fatos e teorias por meio da observação e da experimentação. O estudo e a modelagem computacional dos processos de aprendizagem em suas múltiplas manifestações constituem o tema da Aprendizagem de Máquina.³²

Aprender exige mudanças, seja no ser humano ou em uma máquina, sendo elas adaptativas, de modo a capacitar o sistema a realizar a mesma tarefa, ou similares, de maneira mais eficiente e efetiva a cada vez que a realiza. A mudança provocada pelo acúmulo de dados, informações, conhecimento, observações e experiências caracteriza a aprendizagem. Langley explica que:

originalmente no aprendizado automático de máquinas preocupava-se com o desenvolvimento de sistemas inteligentes que exibissem um comportamento rico em tarefas complexas, enquanto muitos pesquisadores modernos parecem estar satisfeitos com a solução de problemas que não requerem nem inteligência, nem sistemas. A aprendizagem de máquina esteve focada inicialmente em usar e adquirir o conhecimento lançado como estruturas de dados relacionais, enquanto muitos pesquisadores agora parecem se preocupar apenas com as estatísticas³³.

E, para tanto, a aprendizagem de máquina divide-se em duas categorias: a) não supervisionada e b) supervisionada.³⁴ A aprendizagem supervisionada ou classificação é assim denominada uma vez que necessita de um supervisor ou professor. No caso dos computadores, isto significa que existem classes de padrões pré-definidas, por exemplo, existe a classe ‘carro’ e a classe ‘trem’. Na aprendizagem não supervisionada, também denominada de clusterização ou agrupamento, não existem classes pré-definidas. Um conjunto de dados (representação das formas) é fornecido ao sistema para que o método computacional estabeleça a existência das classes ou *clusters*. Matematicamente, uma classe é uma alta densidade relativa de pontos no espaço de formas ou padrões.

Com base nesses conceitos e definições, pode-se adentrar, especificamente, às técnicas de reconhecimento do padrão de interesse, ou seja, música. A técnica mais amplamente conhecida é denominada de classificação do gênero musical (*Music Genre Classification*), entendendo-se que “os gêneros de música são rótulos categoriais criados por especialistas humanos para identificar o estilo da música”³⁵. Tecnicamente, o gênero de música é um descritor que é amplamente utilizado para organizar coleções de músicas sejam estas digitais ou não. Porém, quando o assunto é música digital, a categorização dos gêneros visa auxiliar tanto na localização, por meio das buscas nas lojas virtuais, quanto na distribuição.

Tal qual mencionado por Silla Jr., Koerich e Kaestner, “*Music can be considered as a high-dimensional digital time-variant signal, and music data bases can be very large*”³⁶, por isso são oportunidades para o desenvolvimento de

32 CARBONELL, Jaime G.; MICHALSKI, Ryszard S.; MITCHELL, Tom M. Machine learning: a historical and methodological analysis. *AI Magazine*, v. 4, n. 3, p. 69, 1983. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/3522/d171d0af99fb1e0a06f8d31734987967870a.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2017. Texto original: *Learning is a many-faceted phenomenon. Learning processes include the acquisition of new declarative knowledge, the development of motor and cognitive skills through instruction or practice, the organization of new knowledge into general, effective representations, and the discovery of new facts and theories through observation and experimentation. The study and computer modeling of learning processes in their multiple manifestations constitutes the subject matter of machine learning.*

33 LANGLEY, Pat. *The changing science of machine learning*. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 2011. p. 6. Disponível em: <<http://www.isle.org/~langley/papers/changes.mlj11.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2017. Texto original: *Machine learning was originally concerned with developing intelligent systems that exhibited rich behavior on complex tasks, while many modern researchers seem content to tackle problems that do not require either intelligence or systems. Machine learning focused initially on using and acquiring knowledge cast as rich relational structures, while many researchers now appear to care only about statistics.*

34 JAIN, Anil K.; DUIN, Robert P. W. Introduction to pattern recognition. In: Gregory (Ed.). *The Oxford Companion to the Mind*. 2. ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2004. p. 699. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/d3c5/b56265658256f51b8abcb8048f5ff4281c09.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

35 SILLA JR., Carlos N.; KOERICH, Alessandro L.; KAESTNER, Celso A. A. A machine learning approach to automatic music genre classification. *Journal of Brazilian Computer Society*, Campinas, v. 14, n. 3, p. 7-9, sept. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-65002008000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 1 jul. 2017.

36 SILLA JR., Carlos N.; KOERICH, Alessandro L.; KAESTNER, Celso A. A. A machine learning approach to automatic music genre classification. *Journal of Brazilian Computer Society*, Campinas, v. 14, n. 3, p. 8, sept. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-65002008000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 1 jul. 2017.

métodos de Reconhecimento de Padrões, uma vez que a representação atual do sinal da música não é mais análoga à onda sonora original, sendo que o sinal analógico pode ser amostrado, várias vezes por segundo, e transformado por um conversor analógico-digital em uma sequência de valores numéricos, a qual representa o sinal de áudio digital da música e pode ser empregada tanto para reproduzir a música quanto para se aplicar as mais diferentes técnicas computacionais³⁷. Eles explicam que essa sequência numérica contém muita informação acústica e, também, recursos relacionados ao timbre, ritmo e compasso.³⁸

Tzanetakis, Essl e Cook explicam que a categorização de gêneros para áudios era realizada, tradicionalmente, por meio manual visando apresentar as músicas em lojas ou nas estações de rádio por uma pessoa que ao escutar determinada música, realizava a classificação do gênero musical a partir de propriedades relacionadas à instrumentação, estrutura rítmica e forma de seus membros³⁹. Atualmente, a classificação do gênero musical busca atender a demanda na Internet.

Eles apontam que, sendo os gêneros musicais descrições categóricas utilizadas para descrever música, eles são comumente usados para estruturar a crescente quantidade de músicas disponíveis em formato digital na Web e, ainda, são importantes para permitir a recuperação de informações sobre a música⁴⁰. Goulart, Guido e Maciel asseveram que a facilidade de baixar e armazenar arquivos digitais de música em computadores e outros equipamentos⁴¹ e, também, a enorme disponibilidade de álbuns na Internet, tanto para *download* gratuito quanto pago, além das redes de compartilhamento e servidores P2P (*peer-to-peer*)⁴², sem esquecer do fato de que os artistas, por muitas vezes, distribuem, deliberadamente, suas músicas em seus sites, fazem com que o gerenciamento de banco de dados de música seja uma urgência e até mesmo um dever. Reconhecem que outra tendência recente é o consumo de música via *streaming*, aumentando a popularidade das estações de rádio *online* que reproduzem músicas semelhantes com base em uma preferência de gênero⁴³.

Outra aplicação da área de Reconhecimento de Padrões é o reconhecimento do gênero musical (*Music Genre Recognition*), o qual tem a finalidade de: “*It will also allow users to generate personal playlists on the fly, where the user specifies a general description such as 80s Synth-Pop, and the software does the actual file selection*”⁴⁴, sendo o reconhecimento do gênero musical uma subárea da classificação de sinal de áudio que pode ser definida como a extração de características relevantes de um som para utilizar em recursos (*software* e *hardware*) que realizam

37 SILLA JR., Carlos N.; KOERICH, Alessandro L.; KAESTNER, Celso A. A. A machine learning approach to automatic music genre classification. *Journal of Brazilian Computer Society*, Campinas, v. 14, n. 3, sept. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-65002008000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 1 jul. 2017.

38 SILLA JR., Carlos N.; KOERICH, Alessandro L.; KAESTNER, Celso A. A. A machine learning approach to automatic music genre classification. *Journal of Brazilian Computer Society*, Campinas, v. 14, n. 3, p. 8, sept. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-65002008000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 1 jul. 2017.

39 TZANETAKIS, George; ESSL, Georg; COOK, Perry. Automatic musical genre classification of audio signals. In: INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON MUSIC INFORMATION RETRIEVAL. Indiana, USA: Indiana University, 2001. p. 1. Disponível em: <<http://ismir2001.ismir.net/pdf/tzanetakis.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

40 TZANETAKIS, George; ESSL, Georg; COOK, Perry. Automatic musical genre classification of audio signals. In: INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON MUSIC INFORMATION RETRIEVAL. Indiana, USA: Indiana University, 2001. p. 1. Disponível em: <<http://ismir2001.ismir.net/pdf/tzanetakis.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

41 GOULART, Antonio Jose Homs; GUIDO, Rodrigo Capobianco; MACIEL, Carlos Dias. Exploring different approaches for music genre classification. *Egyptian Informatics Journal*, v. 13, p. 59, 2012. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1110866512000151>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

42 FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; PAMPLONA, Danielle Anne; BATIMARCHI, Paulo Henrique. O modelo econômico do grátis na Internet e o direito de autor: o caso K-Lite Nitro. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 69, p. 28-49, 2015; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. Sociedade da informação e darknets. In: WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol (Org.). *Inclusão Tecnológica e Direito a Cultura: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento*. Florianópolis-SC: Fundação Boiteux, 2012. v. 1. p. 66-87.

43 GOULART, Antonio Jose Homs; GUIDO, Rodrigo Capobianco; MACIEL, Carlos Dias. Exploring different approaches for music genre classification. *Egyptian Informatics Journal*, v. 13, p. 59, 2012. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1110866512000151>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

44 KOSINA, Karin. *Music genre recognition*. 2017. Dissertação (Doutorado) - Programa de Educação Politécnico, Tecnologia de Mídia e Design, 2002. p. 3. Disponível em: <<http://kyrah.net/mugrat/mugrat.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

a classificação do som em um conjunto de classes, apontando o mais provável⁴⁵. Na verdade, os termos classificação do gênero musical (*Music Genre Classification*) e reconhecimento do gênero musical (*Music Genre Recognition*) podem ser aplicados como sinônimos.

Por outro lado, a área de identificação de músicas (*Music Identification*) atua de modo que, sendo dada uma pequena porção de alguns segundos de uma música, o sistema necessita encontrar a correspondente gravação de referência em um grande banco de dados de músicas, uma vez que essa tecnologia tem inúmeras aplicações, incluindo buscas com base no conteúdo que podem ser realizadas pelos usuários na Internet e, ainda, o monitoramento de transmissão de rádio por meio de rótulos e, também, a detecção de material (conteúdos de áudio e vídeo por meio de uma espécie de código individualizado denominado *finger print* ou DNA) com direitos autorais (*copyright*) disponibilizados na Internet⁴⁶.

Finalmente, os sistemas de recuperação de informação musical em larga escala (*Recovery of Musical Information in Large Scale*) levam em consideração que a música, como objeto, contém uma grande quantidade de informação e significado emocional para os ouvintes humanos e, portanto, sistemas computacionais inteligentes podem ser capazes de identificar interesses ou preferência musical, por exemplo, visando ofertar músicas em plataformas *e-commerce* e, para tal, os sistemas necessitam recuperar informação musical em bancos de dados considerando a larga escala de ouvintes na Internet⁴⁷.

Muitos são os sistemas comerciais que se valem dessas tecnologias e ofertam aos usuários serviços personalizados de reconhecimento de música *online* e *off-line* baseados em tecnologias de reconhecimento, visando a ajudar centenas de milhares de usuários a reconhecer uma música que esteja tocando em qualquer ambiente e também encontrar, de forma eficiente, letras de músicas. Softwares ou aplicativos fazem com que o celular ouça a música e a reconheça, não havendo distinção se a música está tocando na balada, rádio ou TV. Exemplos de tais aplicativos podem ser citados: Shazam, MusicID, SoundHound, musicXmatch, trackID, Musixmatch, Xiaomi, Peach, Omusic, EUMLab'sGuitar Master app, dentre outros existentes e que podem chegar ao mercado da música em breve⁴⁸.

As tecnologias de reconhecimento de padrões em músicas também têm sido utilizadas pelo ECAD a fim de reconhecer os direitos autorais com identificação da obra e atribuição dos seus efeitos financeiros e econômicos. Trata-se da tecnologia denominada Ecad.Tec⁴⁹.

O *software* Ecad.Tec foi lançado, em sua primeira versão, como “Ecad.Tec CIA Rádio”, ou seja, um *software* capaz de automatizar a captação, gravação e identificação de músicas executadas pelas emissoras de rádio brasileiras. Em 2014, o ECAD lançou o “Ecad.Tec CIA Audiovisual”, segundo *software* da família de captação e identificação automática “(...) que reconhece e identifica automaticamente as músicas executadas na programação das TVs abertas e por assinatura através do seu DNA, uma espécie de código individualizado (*finger print*) que contém as características da música como autor, tempo de execução, intérprete, dentre outras informações”⁵⁰. O software foi desenvolvido em parceria com a PUC-Rio e, também, com especialistas da USP-São Carlos, sendo o ECAD titular de 100% da sua propriedade intelectual⁵¹.

45 KOSINA, Karin. *Music genre recognition*. 2017. Dissertação (Doutorado) - Programa de Educação Politécnico, Tecnologia de Mídia e Design, 2002. p. 5. Disponível em: <<http://kyrah.net/mugrat/mugrat.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

46 MOHRI, Mehryar; MORENO, Pedro; WEINSTEIN, Eugene. Efficient and robust music MOHRI, Mehryar; MORENO, Pedro; WEINSTEIN, Eugene. Efficient and robust music identification with weighted finite-state transducers. *IEEE Transactions on Audio, Speech and Language Processing*, p. 1, jan. 2008. Disponível em: <http://ismir2007.ismir.net/proceedings/ISMIR2007_p135_mohri.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017.

47 ELLIS, Daniel P. W. Extracting information from music audio. *Communications of the ACM*, v. 49, n. 8, p. 32, aug. 2006.

48 CIRIACO, Douglas. *5 aplicativos para reconhecer a música que está tocando*. 2017. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/dica/apps/5-aplicativos-para-reconhecer-a-musica-que-esta-tocando/>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

49 Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/pt/eu-faco-musica/como-e-feita-a-distribuicao/Paginas/Sonoriza%C3%A7%C3%A3o-Ambiental.aspx>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

50 ECAD. *Ecad lança o novo software Ecad. Tec CIA audiovisual*. 2014. p. 1. Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/pt/noticias/noticias-do-ecad/Paginas/Ecad-lan%C3%A7a-o-novo-software-Ecad.Tec-CIA-Audiovisual.aspx>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

51 ECAD. *Ecad lança o novo software Ecad. Tec CIA audiovisual*. 2014. p. 1. Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/pt/noticias/>>

A proposta do ECAD tem por base *software* que possibilita “a identificação automática de todas as músicas executadas na programação de 48 canais de TV, 24 horas por dia, sete dias na semana, tornando a distribuição de direitos autorais nesse segmento muito mais rápida e precisa”.

O *software* do ECAD trabalha com base na captura de parte de música em exibição pública, realizando a sua identificação (*Music Identification*) de modo a: 1) encontrar a correspondente gravação de referência no banco de dados de músicas do ECAD e 2) verificar se a música em questão tem direitos autorais associados. A partir desses resultados, o método realiza o cômputo do montante de direitos autorais a serem distribuídos aos autores, gravadoras e demais participantes, tal qual classificado pelo ECAD como usuários de música. O ECAD afirma que com o novo *software*, o trabalho de captação e armazenamento das canções executadas na TV tem se mostrado mais dinâmico e rápido e o processo tornou-se mais seguro e auditável na medida em que é todo rastreável⁵².

Diante do exposto, foi possível demonstrar que a tecnologia tem sido utilizada para permitir acesso às músicas bem como para viabilizar o controle do seu uso, facilitar a arrecadação e a distribuição da remuneração decorrente dos direitos autorais sobre elas incidentes.

Mas, a regulação brasileira dos direitos sobre a música abrange interesses privados e públicos estando estruturada a proteção dos direitos autorais ao lado de direitos sociais ligados a esse tipo de obra, sendo que a tecnologia pode e deve ser utilizada para atender a ambos os tipos de interesses. Por isso, passa-se a delinear aspectos da regulação dos direitos autorais relacionados à música sob o enfoque dos direitos sociais.

5. REGULAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS RELACIONADOS À MÚSICA SOB O PRISMA DOS DIREITOS SOCIAIS

O Direito de Propriedade é consagrado no sistema jurídico nacional, conforme discorrido neste artigo seja em sua modalidade material ou imaterial, industrial ou de autor. Há razões e efeitos jurídicos e econômicos que decorrem da sua aceitação. Porém, para além da aceitação e definição da propriedade, já tratadas anteriormente, é possível que se busque analisar qual o limite para uma ação estatal regulatória sobre tal instituto. Pensar a ação regulatória voltada aos direitos autorais relacionados à música abre um espaço interessante de reflexão.

A regulação estatal é a parcela da atividade responsável pela intervenção do Estado na livre iniciativa. Recai sobre o domínio econômico colocando limites ao exercício do direito de propriedade, à celebração dos contratos e ao desempenho das atividades econômicas, impondo adicionais requisitos de validade e eficácia para o exercício da atividade empresarial e para os negócios jurídicos celebrados no âmbito do mercado.

Trata-se de função por meio da qual o Estado intervém nas decisões econômicas privadas, praticando atos gerais, individuais ordinatórios e decisórios, com vistas ao atendimento dos interesses relevantes da coletividade, distinta da autorregulação que envolve o conjunto de atos aos quais os interessados aderem por convenção⁵³.

Abrange a liberdade de acesso ao mercado, a permanência e a saída dos interessados em desempenhar determinada atividade econômica ou dela se beneficiar. É desempenhada a partir da criação de normas, da prática de determinados atos administrativos e pela fiscalização do seu cumprimento, podendo culminar até em adjudicação e punição dos infratores ou premiação dos envolvidos.

noticias-do-ecad/Paginas/Ecad-lan%C3%A7a-o-novo-software-Ecad.Tec-CIA-Audiovisual.aspx>. Acesso em: 1 jul. 2017.

52 ECAD. *Ecad lança o novo software Ecad*. Tec CIA audiovisual. 2014. p. 1. Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/pt/noticias/noticias-do-ecad/Paginas/Ecad-lan%C3%A7a-o-novo-software-Ecad.Tec-CIA-Audiovisual.aspx>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

53 SOUTO, Marcos Juruena Villela. A função regulatória. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-13-FEVEREIRO-2008-MARCOS%20JURUENA%20VILLELA%20SOUTO.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

A função regulatória, como parcela da atividade estatal de intervenção no domínio econômico, sempre existiu. No entanto, na fase contemporânea ou pós-moderna de Estado de Direito, novos instrumentos regulatórios foram postos à disposição do Estado, que passou a assumir o papel de estrategista e não mais de piloto na economia, intervindo de forma direta e indireta, mas se for direta, apenas será de modo pontual⁵⁴.

No Estado democrático de direito, este não é mais agente econômico direto, salvo se for para atender aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo⁵⁵ (art. 173, CF/88). A partir do maior volume de intervenção estatal indireta na economia, do ponto de vista formal, justifica-se a função regulatória estatal para que seja promovido o eficiente funcionamento dos mercados e da atuação dos agentes econômicos, assim como para que sejam atendidos os relevantes interesses coletivos.

Como regulador (art. 174, CF/88), em geral o estado brasileiro intervém de forma indireta na economia por meio do Poder Executivo sendo que para exercer a regulação realiza a produção de normas e pratica atos executivos e atos judicantes.

A função regulatória normativa tem o papel de ligar a lei e o administrado, mas deve ser realizada com interpretação do conteúdo técnico da lei, observados os objetivos das políticas públicas estabelecidas pelo Estado. A norma infralegal somente será dotada de validade se houver previsão legal para a sua edição, se cumpridos os requisitos arrolados pela lei autorizadora e se estiver em consonância com o ordenamento jurídico pátrio.

A função regulatória executiva abrange a fiscalização e a condução de negócios sob concessão, atribuição de direitos, licenças, autorizações e delegações (licitação).

A função regulatória judicante pode envolver a fixação de tarifas, a solução de conflitos entre os agentes econômicos, o processo administrativo sancionador e a aplicação de penalidades. No processo administrativo, a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 2º Lei nº 9.784 de 29/01/1999).

Nos limites constitucionais, o Estado brasileiro está autorizado a regular qualquer atividade econômica e a música apesar de ser uma atividade intelectual, decorrente da criatividade humana, também apresenta caráter econômico — como já visto neste artigo, pois é usualmente objeto de trocas onerosas com o mercado pelos titulares de direitos autorais e por outros agentes econômicos. São exemplos de sujeitos que podem negociar de modo profissional e oneroso a música: os seus autores, os produtores fonográficos, os editores, as rádios, os canais de televisão e as plataformas de *streaming* interativo⁵⁶.

5.1. O sistema jurídico brasileiro aplicável à música

É possível que se considere como justificativa à interferência estatal sobre essa atividade intelectual econômica para proteger vários interesses⁵⁷, os dos titulares de direitos autorais (art. 5º, XXVII, CF/88), os dos usuários de direitos autorais (art. 5º, XXXII, CF/88) e os interesses da sociedade brasileira diante dos bens jurídicos socialmente relevantes ligados à propriedade intelectual como a educação em geral⁵⁸, a

54 CASAGRANDE FILHO, Ary. *Estado regulador e controle judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

55 NEVES, Antônio Francisco Frota; SANTANA, Hector Valverde. A intervenção direta e indireta na atividade econômica em face da ordem jurídica brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 330-348, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4582/pdf>>. Acesso em: 26 out. 2017.

56 MILLS, Carlos. *Existe execução pública no Streaming interativo?* 2016. Disponível em <<https://carlosmills.wordpress.com/2016/02/27/existe-execucao-publica-no-streaming-interativo/>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

57 MELLO, Patrícia Maria Costa de. *Os conflitos de interesses no Direito Autoral: uma análise sob a perspectiva política, jurídica e sociológica da construção legislativa da Lei n. 9.610/98 e seus reflexos na atualidade*. p. 27. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/patricia_mello.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017.

58 ARIENTE, Eduardo Altomare. Políticas de acesso aberto para trabalhos científicos: interesse público e direitos de autor. *Re-*

educação das crianças⁵⁹ e o entretenimento (art. 6º, CF/88), o acesso à cultura⁶⁰ (art. 215, CF/88) e o acesso à informação (art. 5º, XIV, CF/88).

A proteção a esses bens jurídicos tem tamanho reconhecimento pelo Estado brasileiro a ponto de a Constituição Federal proibir que qualquer ente da federação venha a instituir impostos sobre fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil, contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros, bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser (art. 150, VI, “e”, CF/88).

A Constituição estabelece, em seu art. 23, a competência comum para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituírem leis a fim de proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (III), para impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural (IV) e para proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação (V).

No art. 24, a CF/88 prevê a competência concorrente para a União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarem leis que objetivem a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (VII), bem como para normatizar sobre educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação (IX).

Em âmbito infraconstitucional, além de normatizarem o acesso à cultura, vários textos normativos criam incentivos e mecanismos de apoio administrativo e financeiro⁶¹ para fomentar atividades culturais e promover o seu acesso à população brasileira. São exemplos, a Lei nº 8.313, de 23/12/1991, que instituiu o Programa Nacional de Política Cultural; o Decreto nº 5.520, de 24/08/2005, que instituiu o Sistema Federal de Cultura e o Conselho Nacional de Política Cultural; a Lei nº 12.343, de 2/12/2010, que instituiu o Plano Nacional de Cultura; a Lei nº 13.018, de 22/07/2014, que instituiu a Política Nacional de Cultura Viva – PNCV; o Decreto nº 8.469, de 22/06/2015, que regulamentou a Lei nº 9.610/98 e a Lei nº 12.343/10; a Instrução Normativa MinC nº 03, de 07/07/2015, que estabeleceu os procedimentos de habilitação, organização do cadastro, supervisão e aplicação de sanções para a atividade de cobrança de direitos autorais por associações de gestão coletiva e pelo ente arrecadador de que trata a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998; a Instrução Normativa MinC nº 08, de 11/05/2016 que regulamentou questões relativas à PNCV. No âmbito do Programa Nacional de Política Cultural (Pronac), foi ratificado o Fundo de Promoção Cultural, criado pela Lei nº 7.505, de 02/07/1986, que passou a denominar-se Fundo Nacional da Cultura (FNC), com o objetivo de receber e destinar recursos para projetos culturais compatíveis com as finalidades do Pronac (art. 4º, Lei nº 8.313/91).

O FNC recebe e repassa recursos para: a) incentivar a formação artística e cultural, mediante a concessão direta de recursos financeiros, atribuindo aos autores, por exemplo, bolsas de estudo, pesquisa e trabalho, ou a concessão de prêmios a criadores, autores, artistas, técnicos e suas obras, filmes, espetáculos musicais e de artes cênicas em concursos e festivais realizados no Brasil; b) fomentar a produção cultural e artística,

Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 7, n. 1, p. 143-170, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4328/pdf>> Acesso em: 26 out. 2017.

59 CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. A garantia do direito à educação de crianças e adolescentes no contexto das políticas públicas brasileiras. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 156-169, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3036>>. Acesso em: 26 out. 2017.

60 LISOWSKI, Telma Rocha. As políticas públicas de acesso e difusão da cultura no Brasil e o caso do Programa Nacional de Apoio à Cultura. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 156-169, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3098/2579>>. Acesso em: 26 out. 2017.

61 SILVA, Frederico Augusto Barbosa da. Financiamento cultural no Brasil contemporâneo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 156-169, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4351/pdf>>. Acesso em: 26 out. 2017.

mediante a produção, edição e preservação de obras como discos, vídeos, obras cinematográficas de curta e média metragem e filmes documentais, como também para a realização de eventos voltados à produção cultural e artística; c) preservar e difundir o patrimônio artístico, cultural e histórico, com a construção, formação, organização, manutenção, ampliação, o equipamento, a conservação e a restauração de estruturas físicas e obras como museus, bibliotecas, arquivos e outras organizações culturais, bem como de suas coleções e acervos; d) estimular o conhecimento dos bens e valores culturais, por exemplo, pela via da distribuição gratuita e pública de ingressos para espetáculos culturais e artísticos; e) apoiar outras atividades culturais e artísticas não abrangidas expressamente pelos itens anteriores (art. 3º, Lei nº 8.313/91).

Conforme o art. 5º, da Lei nº 8.313/91, o FNC é um fundo de natureza contábil, com prazo indeterminado de duração, constituído com recursos provenientes de diferentes origens, podendo advir de doações e legados, mas formado também de recursos públicos como aqueles provenientes: (a) do Tesouro Nacional; (b) de um por cento da arrecadação dos Fundos de Investimentos Regionais, a que se refere a Lei nº 8.167, de 16/01/1991, obedecida na aplicação a respectiva origem geográfica regional; (c) de três por cento da arrecadação bruta dos concursos de prognósticos e loterias federais e similares, cuja realização estiver sujeita a autorização federal, deduzindo-se esse valor do montante destinados aos prêmios; (d) de resultado das aplicações em títulos públicos federais, obedecida a legislação vigente sobre a matéria; (e) de conversão da dívida externa com entidades e órgãos estrangeiros, unicamente mediante doações, no limite a ser fixado pelo Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, observadas as normas e procedimentos do Banco Central do Brasil.

Por isso, acertado o conteúdo do §1º, do art. 97, da Lei nº 9.610, de 19/02/1998 com redação dada pela Lei nº 12.853, de 14/08/2013, ao reconhecer que as associações de titulares de direitos de autor e dos que lhes são conexos exercem atividade de interesse público, devendo atender a sua função social. Tal previsão legal se justifica porque é sabido que a proteção dos direitos do autor viabiliza o atendimento de outros direitos e princípios. Relacionados à música, podem ser citados como exemplos os princípios que regem a execução do Plano Nacional de Cultura – PNC: liberdade de expressão, criação e fruição (I); diversidade cultural (II); respeito aos direitos humanos (III); direito de todos à arte e à cultura (IV); direito à informação, à comunicação e à crítica cultural (V); direito à memória e às tradições (VI); valorização da cultura como vetor do desenvolvimento sustentável (VIII); democratização das instâncias de formulação das políticas culturais (IX); responsabilidade dos agentes públicos pela implementação das políticas culturais (X); colaboração entre agentes públicos e privados para o desenvolvimento da economia da cultura (XI); participação e controle social na formulação e acompanhamento das políticas culturais (XII) (Art. 1º, da Lei nº 12.343, de 12/12/2010).

Percebe-se assim, que o Estado brasileiro decidiu investir recursos públicos no fomento da atividade de criação artística e intelectual porque reconhece a sua importância para viabilizar o acesso à cultura, à educação, ao lazer e à informação. Por tal motivo deve optar por regular os direitos autorais relacionados à música, não podendo deixar sob a exclusiva responsabilidade do mercado tal iniciativa, não somente porque deve garantir a utilização, a publicação e a reprodução das obras por seus autores (art. 5º, XXVII, CF/88), ou porque deve promover a proteção desses direitos e sua respectiva fiscalização (art. 5º, XXVIII, CF/88), mas, principalmente, porque a música faz parte da cultura brasileira, integra o patrimônio cultural brasileiro (artigos 215 e 216, CF/88) e está abrangida pela política nacional de cultura e suas diretrizes (§1º, art. 216-A, CF/88).

Os princípios do PNC não se relacionam apenas com a música, mas com todo tipo de expressão que resulte em direito autoral, não sendo, portanto, todos eles oponíveis ao ECAD. Ainda assim, no que concerne à música, o ECAD deve se sujeitar à regulação estatal, já que deve auxiliar o Estado na promoção das políticas concernentes ao acesso à cultura, à educação, ao lazer e à informação.

Historicamente, os titulares de direitos autorais sobre a música tenderam a se reunir em associações para representar seus direitos já que tocada em milhares de locais e em quantidade cujo controle e cobrança pessoal pelo uso público são praticamente impossíveis⁶².

62 CHAIM, Caio Eduardo Cormier. *Gestão Coletiva de Direito Autorais na Música*. 2016. Trabalho de conclusão de curso – Univer-

Mas a conformação do modelo de gestão coletiva de direitos autorais assume graus variados em diferentes democracias constitucionais (Ementa das ADI nº 5062; ADI nº 5065). O monopólio de arrecadação e repasse dos valores decorrentes de direitos de execução de direitos autorais atribuído ao ECAD pela Lei nº 5.988, de 14/12/1973 foi instituído num contexto de proliferação desordenada de outras entidades responsáveis pela mesma atividade que, atuando sem regramento e controle, causaram muita confusão e dificuldade de arrecadação.⁶³

A concentração de poderes de cobrança em ente arrecadador único é controversa e discutida, e é provável que não seja a melhor opção, mas não é de todo negativa.

O modelo de um escritório único com a missão de reunir as sociedades de direitos de execução pública de obras musicais e fonogramas, para a arrecadação e distribuição dos direitos relativos a eles, apresenta o aspecto favorável de redução de custos e, desde que cumpra seu intuito verdadeiro que é tornar a arrecadação mais eficaz e objetiva, atenderá aos vários interesses envolvidos.

Observe-se que em 2016, o ECAD repassou R\$ 841,8 milhões em direitos autorais, tendo sido contemplados 221.386 titulares de músicas⁶⁴. Além disso, no ECAD

estão catalogadas 7,3 milhões de obras musicais e 5,4 milhões de fonogramas, que contabilizam todas as versões registradas de cada música. Os números envolvidos fazem com que aproximadamente 88 mil boletos bancários sejam enviados por mês, cobrando os direitos autorais daqueles que utilizam as obras musicais publicamente, os chamados “usuários de música”, que somam 531,8 mil no sistema de cadastro do ECAD⁶⁵.

A arrecadação e distribuição dos direitos autorais são efeitos que decorrem da titularidade autoral, logo, qualquer tecnologia de reconhecimento de padrões aplicável à música pode repercutir na identificação das obras e, portanto, é essencialmente ligada à ação de arrecadação e distribuição.

O ECAD considera que os usuários de música “são pessoas físicas ou jurídicas que executam obras musicais, literomusicais e fonogramas através da comunicação pública, direta ou indireta, por qualquer meio ou processo, seja a utilização caracterizada como geradora, transmissora, retransmissora, distribuidora ou redistribuidora”⁶⁶. Para os efeitos de arrecadação, o ECAD considera, também, como usuários “os organizadores de espetáculos, os proprietários, diretores, gerentes, empresários e arrendatários dos locais ou estabelecimentos em que ocorra execução pública de obras musicais, literomusicais e fonogramas”⁶⁷.

O problema desse modelo é que as associações que integram o ECAD são editoras e gravadoras multinacionais que nem sempre colocam em primeiro plano o interesse dos autores e o atendimento aos objetivos das políticas públicas⁶⁸.

Trata-se de questão identificada no modelo tradicional de proteção dos direitos autorais e que permanece na era digital.⁶⁹

cidade de Brasília, Brasília, 2016.

63 MELLO, Patricia Maria Costa de. *Os conflitos de interesses no Direito Autoral: uma análise sob a perspectiva política, jurídica e sociológica da construção legislativa da Lei n. 9.610/98 e seus reflexos na atualidade*. p. 19. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/patricia_mello.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2017.

64 Arrisca-se a dizer que a regulação proposta pela Lei nº 12.853/13 já vem apresentando bons resultados eis que tal arrecadação representou em relação a 2015 a um crescimento de 9% em relação ao valor total distribuído e um aumento de 42,46% de titulares de músicas beneficiados.

65 ECAD. *Quem somos*. 2017a. p. 1. Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/pt/o-ecad/quem-somos/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

66 ECAD. *Como é feita a arrecadação*. 2017b. p. 1. Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/pt/eu-uso-musica/como-e-feita-a-arrecadacao/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

67 ECAD. *Como é feita a arrecadação*. 2017b. p. 1. Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/pt/eu-uso-musica/como-e-feita-a-arrecadacao/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

68 MELLO, Patricia Maria Costa de. *Os conflitos de interesses no Direito Autoral: uma análise sob a perspectiva política, jurídica e sociológica da construção legislativa da Lei n. 9.610/98 e seus reflexos na atualidade*, p. 21. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/patricia_mello.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2017.

69 REBOUÇAS, Gabriela Maia; SANTOS, Fernanda Oliveira. Direito autoral na cibercultura: uma análise de acesso aos bens

Por essa razão, bem visto o fato de a Lei nº 12.853, de 14/08/2013 que alterou a Lei nº 9.610, 19/02/1998, embora tenha mantido o monopólio privado da gestão coletiva de direitos autorais em favor do ECAD, ter trazido uma série de regras com o propósito de conferir maior transparência, eficiência, controle e democracia à gestão coletiva de direitos autorais e à administração do ECAD⁷⁰.

A nova lei estabeleceu, por exemplo: a) meios arbitrais de solução de conflitos envolvendo os direitos do autor (art. 100-B); b) critérios objetivos para a fixação de valores (§9º, §10, §11, §12, art. 98); c) a previsão de aplicação de multas aos usuários que não seguirem os procedimentos previstos na nova lei (art. 105); d) a supervisão do Estado, por meio do Ministério da Cultura-MinC, sobre as atividades do ECAD, exigindo a prévia habilitação das associações no MinC (§1º, art.98); e) os requisitos que devem ser observados (art. 98-A), para que então possam exercer a arrecadação dos direitos de seus associados; f) o direito do associado à prestação de contas (§1º, art.98-C) e caso não seja atendido que ele pode pedi-la por intermédio do MinC (§2º, art.98-C); g) que os dirigentes das associações que integram o ECAD exercerão um mandato de três anos, com a possibilidade de reeleição por igual período (§2º, art.98). O voto delas passou a ser pessoal e unitário, diferentemente do antigo sistema de voto proporcional ao volume de recolhimento de verbas correspondentes aos direitos autorais (§13, art.98); h) tratamento igualitário entre todos os autores associados (§5º, art.98); i) que as associações mantenham e disponibilizem, eletronicamente, a qualquer interessado o cadastro de todas as informações atinentes as obras de seus associados, inclusive contratos e valores arrecadados (§6º, §7º e §9º, art. 98); h) que caberá às associações, juntamente com seus associados, estabelecer os preços pela reprodução do seu repertório (§3º, art. 98); i) que a taxa instituída pelo próprio ECAD de 20%, em quatro anos, não poderá superar os 15% (§4º, art. 99)⁷¹.

O ECAD e suas associadas restaram vencidos no Supremo Tribunal Federal ao pretenderem a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 12.853, de 14/08/2013. Propuseram duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI nº 5062; ADI nº 5065) alegando serem entidades privadas e que não caberia ao Estado intervir na atividade e na organização da maneira acima descrita.

Ambas as ações foram julgadas improcedentes no dia 27 de outubro de 2016, tendo o acórdão sido publicado no dia 21 de junho de 2017. O STF reconheceu constitucional a Lei nº 12.853, de 14/08/2013 porque as entidades de gestão coletiva, embora particulares, possuem a evidente natureza instrumental de viabilizar trocas voluntárias envolvendo propriedade intelectual e que por essência apresentam as dificuldades operacionais que marcam o setor.

Admitiu que tanto a produção de cultura (pelos autores) quanto o acesso à cultura (pelos usuários) dependem do hígido funcionamento das associações arrecadadoras e distribuidoras de direitos autorais. Esse relevante papel econômico é traduzido, juridicamente, como a função social das entidades, cuja importância social explica o interesse público na sua existência e escorreita atuação. Justificada, portanto, a presença regulatória maior do Estado na criação, na organização e no funcionamento das entidades que operam no setor, o que se traduz na incidência de disciplina jurídica específica, se compatibiliza com o princípio da função social da propriedade e também com a correlação existente entre os direitos autorais e direitos sociais consagrados na Constituição brasileira. Como se vê, a regulação dessas entidades já tem sido processada pelo MinC⁷² e agora está autorizada pelo STF.

imateriais a partir das licenças creative commons 4.0. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

70 SALA, Monica Cristina; MIRANDA, Fernando Silveira Melo Plentz Miranda. A aplicabilidade da Lei de Direitos Autorais na música sob a perspectiva da Banda 14 Bis. *Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania*, v. 4, n. 1, 2013.

71 VIANNA, Bruno Pereira; GIBRAN, Sandro Mansur. A Reforma da Gestão Coletiva de Direitos Autorais no Brasil. *Revista Percorso*, v. 14, n. 2, p. 21-53, 2014.

72 ALVES, Giovanni Lofrano. *Análise econômica do direito autoral no Brasil*. 2017. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2017.

5.2. O Plano Nacional de Cultura

Mas a regulação do segmento dos direitos autorais ainda não atende por completo às pretensões do Estado brasileiro. No dia 11 de julho de 2012, o Ministério da Cultura, por meio da Secretaria de Políticas Culturais, lançou, na Câmara dos Deputados, a publicação das 53 metas do Plano Nacional de Cultura, aprovadas em dezembro de 2011 e construídas de forma coletiva, envolvendo a sociedade civil, todas as unidades do Sistema MinC, e o Poder Legislativo. Considerado como importante passo para a consolidação do Plano Nacional de Cultura, estabeleceram-se diretrizes para a gestão da cultura até 2020⁷³. Dentre aquelas diretrizes, fixou-se a Meta nº 38 que prevê a criação de uma instituição pública federal para regular, mediar, promover e registrar os direitos autorais, ou seja, pretende-se criar instituição pública federal de promoção e regulação de direitos autorais. Justificando a meta, admitiu-se que

a legislação sobre direito autoral não tem sido capaz de atender de forma eficaz e equilibrada a todos os interesses envolvidos no campo autoral, que abrangem artistas, produtores, autores, investidores, consumidores e o público em geral. Além disso, hoje não existe uma instituição pública do Governo Federal que regule e promova a atividade de direitos autorais no Brasil⁷⁴.

Para executar a meta, o Plano Nacional de Cultura previu nove fases: criação do projeto estrutural do Instituto Brasileiro de Direitos Autorais (IBDA); projeto enviado ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPOG); revisão do anteprojeto de lei (APL) de modernização da Lei nº 9.610, de 19/02/1998; análise de viabilidade de transferência das competências de registro da Fundação da Biblioteca Nacional – FBN para a Diretoria de Direitos Intelectuais – DDI/MinC; apreciação conclusiva do APL de modernização da Lei nº 9.610, de 19/02/1998; envio ao Congresso Nacional do APL de modernização da Lei nº 9.610, de 19/02/1998; aprovação e sanção das alterações do PL que revisa a Lei nº 9610, de 19/02/1998; projeto de lei de criação do IBDA revisado e enviado ao Congresso Nacional; IBDA criado com a implementação do Sistema de Registro Público de obras intelectuais. A última atualização da execução da Meta foi processada no dia 31/12/2016 e a notícia relata estar a mesma na fase três.

Observe-se, portanto, que foi reconhecida e planejada pelo Estado brasileiro a criação de uma entidade que de certo modo será modulada como agência reguladora dos direitos autorais, visando a promover e executar as políticas públicas em torno dos direitos autorais porque ligados à cultura, à educação, ao lazer e à informação, todos quatro reconhecidos como vetores do desenvolvimento sustentável.

5.3. Criação de agência reguladora dos direitos autorais: será?

Em relação ao que foi analisado, parece acertada tal iniciativa, especialmente se considerada a realidade da Internet em que, com o atual quadro normativo, com um clique violam-se a cada segundo os direitos autorais, comprometendo a segurança da lei, os direitos individuais e os direitos coletivos abraçados pelas políticas públicas estatais⁷⁵.

Porém, a criação de uma agência reguladora dos direitos autorais e a busca pelo atendimento às políticas públicas em torno do acesso à cultura, à educação, ao lazer e à informação vai muito além da atuação do ECAD, que se circunscreve à arrecadação e ao repasse de valores correspondentes aos direitos autorais sobre as músicas produzidas a partir de atividade eminentemente privada, balizada pela livre iniciativa.

73 Disponível em: <<http://pnc.culturadigital.br/consultapublica/>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

74 Disponível em: <<http://pnc.culturadigital.br/metas/instituicao-publica-federal-de-promocao-e-regulacao-de-direitos-autorais-implantada/>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

75 MELLO, Patricia Maria Costa de. *Os conflitos de interesses no Direito Autoral: uma análise sob a perspectiva política, jurídica e sociológica da construção legislativa da Lei n. 9.610/98 e seus reflexos na atualidade*, p. 21. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/patricia_mello.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2017.

Resta avaliar se de fato a criação de uma agência reguladora⁷⁶ é a melhor estratégia⁷⁷ para controlar os direitos autorais, inclusive aqueles direitos incidentes sobre a música, bem como se é a opção ideal para fomentar os relevantes bens jurídicos em torno do acesso à cultura, à educação, ao lazer e à informação. Por isso, caberia a realização de pesquisas quantitativas e qualitativas para verificar os custos⁷⁸ com a criação da agência reguladora a fim de mensurar se podem ser suportados pelo orçamento estatal e se a sua previsão teria ou não sido estabelecida a partir da captura de interesses privados de um grupo determinado⁷⁹.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vive-se a quarta Revolução Industrial, sendo esta baseada na sociedade informacional e digital. Nela, mudanças significativas têm sido provocadas na forma de acessar, usar e comercializar a música, por isso, vem sendo objeto de interesse e discussão tanto por seus aspectos jurídicos quanto econômicos e tecnológicos.

A música, como obra submetida ao regime jurídico da propriedade intelectual, foi discutida do ponto de vista da ótica econômica, passando pelos aspectos de reconhecimento da propriedade privada, da escassez dos bens e recursos e, também, quanto à característica de exclusividade que conduz à reflexão sobre aspectos sociais relacionados ao direito autoral, reconhecido como bem essencial contraposto ao direito de acesso que é assegurado a todos como parte do Direito à Cultura, sendo parte integrante do rol dos direitos sociais.

A partir da apresentação das técnicas de reconhecimento de padrões e de aprendizagem de máquina, o artigo apontou avanços tecnológicos nos mecanismos de acesso à música, bem como para conferir proteção e preservação dos direitos autorais a ela inerentes, como também sumarizou as tecnologias aplicáveis ao reconhecimento automático de músicas, com potenciais impactos para o exercício dos direitos autorais sobre esse tipo de obra.

A partir da aplicação da atual hermenêutica constitucional, reconheceu-se a regulação brasileira relativamente aos direitos autorais associados às músicas sob o ponto de vista dos direitos sociais e lançou semente de reflexão crítica sobre os limites jurídicos e econômicos da proposta de criação de agência reguladora para regular todos os direitos autorais, sob o argumento de que deve ser planejada a partir de mapeamento quantitativo e qualitativo dos respectivos custos e benefícios. Além do que pode a regulação se transformar em obstáculo para que sejam atingidos os objetivos de bem-estar social e econômico para os quais foi desenhada porque pode ter um custo alto demais, não visar atender de fato a interesses coletivos ou ainda porque pode ser excessiva, impedir a inovação e criar barreiras desnecessárias ao comércio, à concorrência, ao investimento e à eficiência.

É nesse sentido que o presente texto amplia a discussão para além da ação regulatória, apresentando-se os sistemas Ecad.Tec CIA Rádio e Ecad.Tec CIA Audiovisual que vêm sendo utilizados pelo ECAD para identificação automática de músicas visando a arrecadação e repasse dos valores decorrentes de direitos de

76 Em 2009, Marcos Vinicius Pó estudou a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e concluiu que a interação entre os diversos atores e instituições envolvidos em cada setor, incluindo os representantes políticos, o Judiciário, os atores setoriais e as regras procedimentais das agências acaba fornecendo ao sistema condições de estabilidade e de garantia dos contratos. PÓ, Marcos Vinicius. *O Jogo Regulatório Brasileiro: a Estabilidade Contratual para além da Autonomia das Agências*. 2009. 217 f. Tese (Doutorado) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4651/72050100744.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26 out. 2017.

77 Albuquerque, Kélvia. *Análise de impacto regulatório no Brasil*. Presidência da República Casa Civil. Mesa Redonda sobre Coerência Regulatória Argentina – Brasil – EUA. Disponível em: <file:///C:/Users/Rubia/Downloads/Kelvia.%20Apr%20%20AIR%20Brasil_Kelvia_5-05-2017.pdf>. Acesso em: 26 out. 2017.

78 SADDI, Jairo. *Os custos da regulação financeira*. Valor Econômico. 25 abr. 2011. Disponível em: <http://www.abbc.org.br/arquivos/os_custos_da_regulacao_financiera.pdf>. Acesso em: 26 out. 2017.

79 STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.) et al. *Regulação Econômica e democracia: Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 23-48.

execução. A crítica que se faz nesse contexto é a não aplicação de tal tecnologia na Internet, páginas *web*, sítios eletrônicos e nos muitos mecanismos de busca e compartilhamento de músicas existentes na rede mundial de computadores, a exemplo das redes P2P e das mídias *streaming*.

Conclui-se que há muito por pesquisar no que tange à relação entre Direito, Tecnologia e Regulação quando o tema é direito autoral em músicas relacionado aos direitos sociais. Há carência de investigações empíricas que pretendam mapear, analisar e interrelacionar técnicas práticas, dados econômicos e sociais. Mas deve-se ter em mente que se pode lançar mão da tecnologia como aliada na identificação da obra e da titularidade, ou seja, aparatos tecnológicos aptos a tornar efetivos os efeitos que decorrem da propriedade intelectual associada à música com o propósito de se harmonizar tecnologia e preservação dos direitos individuais e sociais.

REFERÊNCIAS

AGUSTINHO, Eduardo. As tragédias dos comuns e dos anticomuns. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

AKSOY, Selim. *Introduction to pattern recognition*. Bilkent University. 2016. Disponível em: <http://www.cs.bilkent.edu.tr/~saksoy/courses/cs551/slides/cs551_intro.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017.

ALBUQUERQUE, Kélvia. *Análise de impacto regulatório no Brasil*. Presidência da República Casa Civil. Mesa Redonda sobre Coerência Regulatória Argentina – Brasil – EUA. Disponível em: <file:///C:/Users/Rubia/Downloads/Kelvia.%20Apre%20%20AIR%20Brasil_Kelvia_5-05-2017.pdf>. Acesso em: 26 out. 2017.

ALVES, Giovani Lofrano. *Análise econômica do direito autoral no Brasil*. 2017. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2017.

ARIENTE, Eduardo Altomare. Políticas de acesso aberto para trabalhos científicos: interesse público e direitos de autor. *Revista Brasileira da Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 143-170, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4328/pdf>> Acesso em: 26 out. 2017.

BISHOP, Christopher M. *Pattern recognition and machine learning*. Springer Science+Business Media, LLC: Singapore, 2006.

CARBONELL, Jaime G.; MICHALSKI, Ryszard S.; MITCHELL, Tom M. Machine learning: a historical and methodological analysis. *AI Magazine*, v. 4, n. 3, p. 69-79, 1983. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/3522/d171d0af99fb1e0a06f8d31734987967870a.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

CASAGRANDE FILHO, Ary. *Estado regulador e controle judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CIRIACO, Douglas. *5 aplicativos para reconhecer a música que está tocando*. 2017. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/dica/apps/5-aplicativos-para-reconhecer-a-musica-que-esta-tocando/>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

CHAIM, Caio Eduardo Cormier. *Gestão Coletiva de Direito Autorais na Música*. 2016. Trabalho de conclusão de curso – Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Tradução de Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORSO, Jason. *Introduction to pattern recognition*. 2013. Disponível em: <https://www.cse.buffalo.edu/~jcorso/t/CSE555/files/lecture_introduction.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017.

CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. A garantia do direito à educação de crianças

e adolescentes no contexto das políticas públicas brasileiras. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 156-169, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3036>>. Acesso em: 26 out. 2017.

ECAD. *Ecad lança o novo software Ecad*. Tec CIA audiovisual. 2014. Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/pt/noticias/noticias-do-ecad/Paginas/Ecad-lan%C3%A7a-o-novo-software-Ecad.Tec-CIA-Audiovisual.aspx>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

ECAD. *Quem somos*. 2017a. Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/pt/o-ecad/quem-somos/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

ECAD. *Como é feita a arrecadação*. 2017b. Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/pt/eu-uso-musica/como-e-feita-a-arrecadacao/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

ELLIS, Daniel P. W. Extracting information from music audio. *Communications of the ACM*, v. 49, n. 8, p. 32-37, aug. 2006.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; PAMPLONA, Danielle Anne; BATIMARCHI, Paulo Henrique. O modelo econômico do grátis na Internet e o direito de autor: o caso K-Lite Nitro. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 69, p. 28-49, 2015.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. Sociedade da informação e darknets. In: WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol (Org.). *Inclusão Tecnológica e Direito a Cultura*: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento. Florianópolis-SC: Fundação Boiteux, 2012. v. 1. p. 66-87.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. 2001. 188 f. *Uso de modelos escondidos de markov RECONHECIMENTO DE PALAVRAS MANUSCRITAS DO EXTENSO DE CHEQUES BANCÁRIOS BRASILEIROS ATRAVÉS DE MODELOS ESCONDIDOS DE MARKOV – HMM para reconhecimento de palavras manuscritas*. Dissertação (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Informática, Curitiba-PR, 2001.

GOULART, Antonio Jose Homs; GUIDO, Rodrigo Capobianco; MACIEL, Carlos Dias. Exploring different approaches for music genre classification. *Egyptian Informatics Journal*, v. 13, p. 59-63, 2012. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1110866512000151>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

INTERNATIONAL FEDERATION OF THE PHONOGRAPHIC INDUSTRY - IFPI. *Global music report*. 2017. Disponível em: <<http://www.ifpi.org/downloads/GMR2017.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

JAIN, Anil K.; DUIN, Robert P. W. Introduction to pattern recognition. In: Gregory (Ed.). *The Oxford Companion to the Mind*. 2. ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2004. p. 698-703. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/d3c5/b56265658256f51b8abcb8048f5ff4281c09.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

KOSINA, Karin. *Music genre recognition*. 2017. Dissertação (Doutorado) - Programa de Educação Politécnico, Tecnologia de Mídia e Design, 2002. Disponível em: <<http://kyrah.net/mugrat/mugrat.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

LANGLEY, Pat. *The changing science of machine learning*. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 2011. Disponível em: <<http://www.isle.org/~langley/papers/changes.mlj11.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

LISOWSKI, Telma Rocha. As políticas públicas de acesso e difusão da cultura no Brasil e o caso do Programa Nacional de Apoio à Cultura. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 156-169, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3098/2579>>. Acesso em: 26 out. 2017.

MELLO, Patricia Maria Costa de. *Os conflitos de interesses no Direito Autoral*: uma análise sob a perspectiva política, jurídica e sociológica da construção legislativa da Lei n. 9.610/98 e seus reflexos na atualidade. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/>

patricia_mello.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017.

MOHRI, Mehryar; MORENO, Pedro; WEINSTEIN, Eugene. Efficient and robust music identification with weighted finite-state transducers. *IEEE Transactions on Audio, Speech and Language Processing*, p. 1-12, jan. 2008. Disponível em: <http://ismir2007.ismir.net/proceedings/ISMIR2007_p135_mohri.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017.

MILLS, Carlos. *Existe execução pública no Streaming interativo?* 2016. Disponível em <<https://carlosmills.wordpress.com/2016/02/27/existe-execucao-publica-no-streaming-interativo/>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

NEVES, Antônio Francisco Frota; SANTANA, Hector Valverde. A intervenção direta e indireta na atividade econômica em face da ordem jurídica brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 330-348, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4582/pdf>>. Acesso em: 26 out. 2017.

PÓ, Marcos Vinicius. *O Jogo Regulatório Brasileiro: a Estabilidade Contratual para além da Autonomia das Agências*. 2009. 217 f. Tese (Doutorado) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4651/72050100744.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26 out. 2017.

POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo e outros (Coord.). *Regulação Econômica e democracia. Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 49-80.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Do particularismo normativo em matéria de propriedade imaterial: legislar para quê(m)? In: NETO, Antenor D.; CASTRO, Rodrigo Pironte A. *Temas de direito econômico: a copa do mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016*. Curitiba: Clássica Editora, 2013. p. 13.

REBOUÇAS, Gabriela Maia; SANTOS, Fernanda Oliveira. Direito autoral na cibercultura: uma análise de acesso aos bens imateriais a partir das licenças creative commons 4.0. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

SALA, Monica Cristina; MIRANDA, Fernando Silveira Melo Plentz Miranda. A aplicabilidade da Lei de Direitos Autorais na música sob a perspectiva da Banda 14 Bis. *Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania*, v. 4, n. 1, 2013.

SADDI, Jairo. *Os custos da regulação financeira*. Valor Econômico. 25 abr. 2011. Disponível em: <http://www.abbc.org.br/arquivos/os_custos_da_regulacao_financeira.pdf>. Acesso em: 26 out. 2017.

SANTOS, Laura Meneghel dos; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Direitos de propriedade e instrumentos econômicos de regulação ambiental: uma análise das atribuições implícitas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 97-120, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4633/pdf>>. Acesso em: 26 out. 2017.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SILLA JR., Carlos N.; KOERICH, Alessandro L.; KAESTNER, Celso A. A. A machine learning approach to automatic music genre classification. *Journal of Brazilian Computer Society*, Campinas, v. 14, n. 3, p. 7-18, sept. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-65002008000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 1 jul. 2017.

SILVA, Frederico Augusto Barbosa da. Financiamento cultural no Brasil contemporâneo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 156-169, 2015 Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4351/pdf>>. Acesso em: 26 out. 2017.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. A função regulatória. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. Disponível em: <[RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; NEVES, Rubia Carneiro. Direitos autorais e música: tecnologia, direito e regulação. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, 2017 p. 511-537](http://www.direi-</p></div><div data-bbox=)

todoestado.com/revista/REDAE-13-FEVEREIRO-2008-MARCOS%20JURUENA%20VILLELA%20SOUTO.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017.

STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.) et al. *Regulação Econômica e democracia*. Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 23-48.

TZANETAKIS, George; ESSL, Georg; COOK, Perry. Automatic musical genre classification of audio signals. In: INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON MUSIC INFORMATION RETRIEVAL. Indiana, USA: Indiana University, 2001. p. 1-6. Disponível em: <<http://ismir2001.ismir.net/pdf/tzanetakis.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

VIANNA, Bruno Pereira; GIBRAN, Sandro Mansur. A Reforma da Gestão Coletiva de Direitos Autorais no Brasil. *Revista Percurso*, v. 14, n. 2, p. 21-53, 2014.

ZANIBBI, Richard. *Pattern recognition: an overview*. 2009. Disponível em: <<https://www.cs.rit.edu/~rlaz/prec20092/slides/Overview.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Direito autoral na cibercultura:
uma análise do acesso aos bens
imateriais a partir das licenças
creative commons 4.0

Copyright in cyberculture:
an analysis of access to cultural
goods from the creative commons
licenses 4.0

Gabriela Maia Rebouças

Fernanda Oliveira Santos

Direito autoral na cibercultura: uma análise do acesso aos bens imateriais a partir das licenças creative commons 4.0*

Copyright in cyberculture: an analysis of access to cultural goods from the creative commons licenses 4.0

Gabriela Maia Rebouças**

Fernanda Oliveira Santos***

RESUMO

Este artigo analisa os movimentos de acesso aos bens imateriais que ocorrem por meio do compartilhamento de arquivos na internet, com o intuito de compreender em que medida os bens culturais na sociedade da informação estão à disposição de uma cultura de Direitos Humanos. Partindo da hipótese de que há na rede mundial de computadores uma ampliação do acesso à produção cultural, a qual é fomentada por movimentos como o Creative Commons, Copyleft, Linux e Flok Society, realiza-se um estudo qualitativo sobre as licenças criativas, com suporte no levantamento de dados, documentos e referencial teórico, utilizando a análise de conteúdo nas licenças Creative Commons 4.0, para problematizar os direitos autorais e os reflexos da tecnologia em relação à maneira como a população tem acesso aos bens culturais. Os resultados apontam para uma proteção da propriedade com muito acento ainda no direito autoral tradicional, frustrando quem pudesse esperar das licenças um novo paradigma na relação entre criação, produção e circulação coletiva de ideias. No entanto, conclui-se que a semente está lançada, no sentido de ampliar o debate e promover, cada vez mais, uma cultura de produção e acesso à informação que contemple uma perspectiva forte de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Cibercultura. Direitos Humanos. Direito Autoral. Creative Commons.

ABSTRACT

This paper analyzes the movements of access to immaterial goods that occur through the sharing of files on the Internet, in order to understand the extent to which cultural assets in the information society are at the disposal of a culture of Human Rights. Starting from the hypothesis that there is in the World Wide Web an extension of the access to the cultural production, which is fostered by movements such as Creative Commons, Copyleft, Linux and Flok Society, we carried out a qualitative study on creative licenses, with support in the collection of data, documents and theoretical

* Recebido em 31/10/2017
Aprovado em 28/11/2017

** Doutora em Direito com estágio Pós-doutoral no CES/Universidade de Coimbra 2015/2016. Professora e Pesquisadora do Mestrado em Direitos Humanos – UNIT/SE e do Mestrado em Sociedade, Tecnologias e Políticas Públicas – UNIT/AL. E-mail: gabriela.maia@pq.cnpq.br

*** Mestre em Direitos Humanos pela UNIT (2017). Advogada e docente da graduação em direito da UNIT/SE. Membro do Grupo de Pesquisa-CNPq “GEDAI - Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial - GEDAI/UFPR”. E-mail: oliveira.fernanda09@gmail.com

reference, using the content analysis in the Creative Commons 4.0 licenses, to problematize the copyright and the reflexes of the technology in the way the population has access to cultural goods. The results point to a protection of the property with much emphasis still in traditional copyright, frustrating those who could expect from the licenses a new paradigm in the relation between creation, production and collective circulation of ideas. However, it is concluded that the seed is launched, in order to broaden the debate and promote, increasingly, a culture of production and access to information that contemplates a strong perspective of Human Rights.

Keywords: Cyberculture. Human Rights. Copyright. Creative Commons

1. INTRODUÇÃO

A relação dos indivíduos com a tecnologia experimenta um processo de estreitamento com inovações tecnológicas cada vez mais presentes no dia a dia, não ficando restrita ao ambiente de trabalho, como na sociedade industrial. No paradigma da sociedade informacional¹, pessoas interagem com a tecnologia a todo o momento, por exemplo, usando os smartphones para lazer, comunicação, transações comerciais, receber informação, participar da vida política, ter acesso à produção audiovisual, estudar, fazer pesquisa em sala de aula, trabalho etc.

Como os debates sobre tecnologia e os seus reflexos permeiam todas as áreas, há um amplo esforço dos cientistas em estudar as transformações decorrentes da nova relação entre o ser humano e a técnica. Essas práticas e representações que ocorrem com a intervenção e participação cada vez mais constante das Tecnologias da Informação e da Comunicação são denominadas de cibercultura². O termo cibercultura não representa uma visão unívoca dos fenômenos envolvendo as tecnologias da informação, ao contrário, engloba posicionamentos antagônicos e discussões sobre malefícios e benefícios, potencial emancipatório e subjugo das máquinas, *hackers* e empresas.

As novas Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC's), em especial a internet, têm possibilitado uma ampliação no acesso às obras artísticas e científicas, às vezes em desacordo com a tutela autoral. A concepção tradicional de Direitos Autorais tem sentido o impacto dos avanços tecnológicos, pois os antigos mecanismos de controle da circulação dos bens imateriais não têm a efetividade de outrora. Como consequência, há a ampliação do debate sobre o acesso aos bens e tal discussão não se restringe aos produtores culturais e empresários envolvidos, alcançando, também, o público.

Nesse contexto, observa-se a ação de vários grupos na construção de alternativas à tutela autoral vigente, que sejam mais adequadas às necessidades sociais e culturais do século XXI. Surge, então, o problema deste artigo: como as transformações sociais e tecnológicas, provocadas pela cibercultura, promovem mudanças em relação aos Direitos Autorais e ao acesso de bens imateriais atrelados a tais direitos?

Assim, o objetivo geral deste trabalho é analisar o Direito Autoral na cibercultura, focando as transformações sociais e tecnológicas que influenciam o acesso aos bens imateriais. Para tanto, o trabalho faz um recorte metodológico nas licenças Creative Commons 4.0 (CC 4.0), empreendendo uma investigação sobre o processo de flexibilização dos Direitos Autorais.

A escolha das licenças da Creative Commons como objeto de pesquisa se justifica pelo espaço crescente ocupado pelo projeto, que está presente em mais de 80 países. De acordo com o relatório "*State of the commons*"³ de 2015, o número de obras que utilizam as licenças pelo globo é superior a 1 bilhão, demonstran-

1 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

2 RÜDIGER, Francisco. *As teorias da cibercultura: perspectivas, questões e autores*. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2013.

3 CREATIVE COMMONS. *State of the commons 2015*. Disponível em: <<http://://stateof.creativecommons.org/2015/sotc2015>>.

do a importância do estudo desse fenômeno da era digital.

Nesse cenário, cabe indagar se a busca por novos métodos de proteção dos Direitos Autorais é benéfica ao interesse público ou somente aos interesses particulares dos membros da indústria cultural? Será possível manter a concepção tradicional de proteção jurídica autoral em meio digital?

Entender as transformações e dilemas dos Direitos Autorais no ambiente digital é apreender que a problemática não se resume à remuneração do autor ou detentor dos direitos de reprodução, mas, sim, abrange uma temática de interesse coletivo por ser determinante para o acesso às obras artísticas e científicas. Será que, no contexto da sociedade, informacional é cabível um modelo de Direito Autoral restritivo? O presente trabalho apresenta relevância ao problematizar tanto os argumentos dos defensores da tutela autoral tradicional, quanto os grupos que apresentam propostas para atualizar ou romper com a noção de Direito Autoral.

O percurso metodológico do presente artigo é híbrido, trazendo elementos teóricos e empíricos com o intuito de fornecer uma pesquisa substancial sobre as práticas de acesso aos bens imateriais no contexto da cibercultura. Compreender o processo histórico de construção dos Direitos Autorais, assim como os fatores sociais e tecnológicos que acentuam as contradições e os dilemas da visão tradicional sobre essa propriedade imaterial, permitiu identificar as categorias que serviram para a análise de conteúdo⁴ das licenças Creative Commons 4.0⁵, verificando em que medida elas poderiam ser uma superação do tradicional modelo de direito autoral.

Os resultados apontaram para uma recorrência grande dos elementos de uma teoria tradicional de proteção autoral, com ênfase nas restrições de acesso, permanecendo muito forte o acento da propriedade e dos interesses econômicos sobre os bens imateriais, numa contradição com as concepções de direitos humanos que lutam pela ampliação dos acessos à informação como um mecanismo de democratização e dignificação da vida da ampla maioria de pessoas.

2. HISTÓRICO DA CONCEPÇÃO OCIDENTAL DE DIREITOS AUTORAIS: PRESSUPOSTOS PARA A COMPREENSÃO DE UM CAMPO EM TRANSFORMAÇÃO

Cada período histórico tem características próprias que definem a relação entre bens culturais e sociedade⁶. A relação estreita entre produção cultural e tecnológica, ou seja, a forma como as sociedades consomem os bens culturais e a criação da noção de direito autoral moderna, estão diretamente ligadas às transformações tecnológicas de cada período histórico.

Durante a antiguidade, as obras literárias, diante da predominante tradição oral, prescindiam da figura do autor⁷. Isso ocorria devido à abertura da obra, isto é, ela estava em contínua construção, não era algo pronto

pdf>. Acesso em: 12 nov. 2016.

4 BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 1977.

5 No total são analisados 6 (seis) tipos de licenças: Atribuição 4.0 (CC BY); Atribuição- CompartilhaIgual (CC BY- SA); Atribuição- SemDerivações (CC BY- ND); Atribuição- NãoComercial (CC BY- NC); Atribuição- NãoComercial- CompartilhaIgual (CC BY- NC- SA); Atribuição- NãoComercial- SemDerivações (CC BY- NC- ND).

6 Peter Burke, ao discutir a propriedade intelectual, aponta a existência de uma “relatividade cultural” no sentimento de propriedade de uma ideia, melhor dizendo, a depender do modelo de sociedade e da época é variável a compreensão de propriedade das ideias. O autor observa que na Itália durante o Renascimento e em Atenas na Antiguidade havia uma competitividade e efervescência cultural que fortalecia a noção de pertencimento da obra. Enquanto na Idade Média europeia não se observa essa característica tão forte, pois eram raras as acusações de plágio e a distinção entre obra nova e reprodução de obra antiga com novas informações não era clara. In: BURKE, Peter. A propriedade das ideias. *Folha de São Paulo*, +mais!, São Paulo, 24 jun. 2001. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs2406200111.htm> >. Acesso em: 20 nov. 2016.

7 FOUCAULT, Michel. *Estética: literatura e pintura, música e cinema*. Coleção Ditos e escritos III, org. e seleção de textos Manoel Barros da Motta. Trad. Inês Autran Dourado Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2006. p.264-298.

e acabado. De tal modo, “os contadores tinham o direito de decidir, segundo a sua própria vontade, o que acrescentar, melhorar ou modificar”⁸.

Na antiguidade, portanto, a identificação entre autor e a sua obra não eram obrigatórias, nem lhes cabia obter o retorno econômico por sua comercialização. Apenas os copistas eram remunerados pelo serviço⁹. Essa situação persiste durante a Idade Média, período que é conhecido, historicamente, pela restrição à circulação de ideias, em que a tarefa de reproduzir as obras era dos “monges copistas”, que transcreviam os textos da antiguidade¹⁰. Percebe-se, portanto, que a reprodução de ideias em suporte físico era feita de forma artesanal, tornando impossível ou pouco provável qualquer ganho econômico.

Apenas ao final da Idade Média, o cenário começou a mudar. O crescimento das cidades, o surgimento das Universidades e a diminuição do poder religioso foram fatores determinantes para o aumento de indivíduos alfabetizados e, por consequência, crescimento da demanda por livros.

A partir da criação da prensa de tipos móveis, também conhecida como prensa de Gutenberg¹¹, foi possível a reprodução de livros e folhetos em grande quantidade, criando, assim, a possibilidade de comercialização dessas obras¹². A tecnologia modificou totalmente o cenário autoral, uma vez que possibilitou a produção em larga escala e, conseqüentemente, a transformação dessa obra em mercadoria.

Considerando-se que, nesse caso, a tecnologia é meio¹³, observa-se que a invenção da prensa integra um momento histórico e social específico, que é o Renascimento¹⁴. Assim, pode-se dizer que o contexto era favorável ao desenvolvimento de novas tecnologias e circulação de ideias. O crescimento da classe comerciante ampliava o número de pessoas que se interessavam por livros, por uma educação formal. Portanto, a leitura tornou-se mais “popular”, ultrapassando os limites do clero e da nobreza¹⁵.

A ascensão da burguesia, o fortalecimento do mercantilismo e do individualismo influenciaram, diretamente, o trabalho dos criadores¹⁶. Na Europa, um novo mercado estava a surgir com a crescente demanda por livros e as possibilidades de novos produtos que a reprodução permitia: imagens, pasquins, jornais, anúncios, folhetos em geral. O surgimento desse segmento econômico veio juntamente à exigência da criação de normas, já que os indivíduos dispostos a investir queriam garantias de retorno financeiro.

Assim, para a proteção dos interesses dos investidores, foram instituídos na idade moderna os “privilé-

8 CAVALHEIRO, Juciane dos Santos. A concepção de autor em Bakhtin, Barthes e Foucault. *Signum: Estudos da Linguagem*, v. 11, n. 2, 2008. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/wrevojs246/index.php/signum/article/view/3042>>. Acesso em: 21 maio 2016.

9 GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital*. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 25

10 SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 22

11 A versão do invento de Gutenberg é questionada pelos historiadores Peter Burke e Asa Briggs, que negam o caráter inovador da prensa de tipos móveis, visto que máquinas similares já existiam no Japão e na China do século VIII, além de um equipamento idêntico ter sido desenvolvido na Coreia no início do século XV. Os autores ainda apontam a ausência de um alfabeto com caracteres limitados como motivo impeditivo da expansão da tecnologia oriental. In: BRIGGS, Asa; BURKE, Peter. *Uma história social da mídia: de Gutenberg à Internet*. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2006. p. 24

12 NIGRI, Deborah Fisch. *Cadernos de Direito da Internet: direito autoral e a convergência de mídias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. 2. 16 p.

13 LEMOS, André. A crítica da crítica essencialista da cibercultura. *MATRIZES*, v. 9, n. 1, p. 29-51, 2015. Disponível em: <http://www.matrizes.usp.br/index.php/matrizes/article/view/575/pdf_3>. Acesso em 15 maio 2016.

14 Desde o século XIV a Europa passava por um processo de transição econômica, política e religiosa, que resultou no período conhecido como Renascença: transição do regime feudal para o mercantilismo, com o afastamento paulatino dos dogmas religiosos e uma abertura para a liberdade intelectual.

15 MEGGS, Philip B.; PURVIS, Alston W. *História do design gráfico*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

16 A ascensão da classe burguesa como força econômica pungente forneceu financiamento para a adaptação do setor da produção editorial a esse novo patamar que o aumento da demanda por livros criava. O próprio Gutenberg só pôde concluir suas invenções porque, obteve empréstimos de burgueses das cidades de Mainz e Estrasburgo. Inclusive as cidades de Nuremberg e Veneza, que eram na época centros burgueses de comércio e da economia europeia, transformaram-se posteriormente também em centros de produção e inovação na área editorial. In: ALTIERI, Júlio Monteiro; ROCHA, Renan Lúcio. A Prensa, os tipos romanos e itálicos no mundo textual renascentista. *Contemporânea*, v. 9, n. 18, p. 129, 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.univerciencia.org/index.php/revistacontemporanea/article/viewFile/8102/7479>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

gios do editor”¹⁷. Verifica-se, nessa regulamentação, que a proteção oferecida não era direcionada ao criador da obra, mas ao editor/ livreiro que investiu na produção em larga escala. Portanto, se a prensa (recurso tecnológico) modificou a questão do acesso às obras, proporcionando uma maior circulação de ideias, contudo, não alterou de forma significativa, a situação do autor, que permaneceu em segundo plano considerando os direitos e interesses de terceiros.

Somente em 1710, ocorre a publicação do *Statute of Anne* da Inglaterra, considerada a lei que deu origem ao sistema de proteção intitulado *copyright* e instituiu prazos para o gozo do monopólio. O Estatuto da Rainha Anne, em seu preâmbulo, apresenta-se com o discurso de “incentivo ao aprendizado”¹⁸, por intermédio da criação do domínio público¹⁹ e estipulação de prazos de exploração pelo titular do direito reduziram os entraves ao acesso.

O percurso do Direito Autoral na França guarda semelhanças com a experiência inglesa. Antes da publicação da legislação que regulamentou a matéria na França, também foram concedidos privilégios reais aos editores, todavia, a função de fiscalizar as publicações era papel dos servidores da coroa ou “burocracia real”²⁰. A noção de *droit d’auteur* nasce impregnada pelos valores da revolução burguesa²¹, tratando o direito do autor com um duplo viés: ao mesmo tempo em que é um direito personalíssimo, engloba a tutela da obra como propriedade²².

Alguns estudiosos²³ relacionam a transformação dos privilégios do editor em Direito do Autor como fruto da reação dos autores àquele modelo. É nesse contexto de um direito que se consolida como propriedade individual que, ao final do século XIX, diversas iniciativas vão garantir o reconhecimento internacional dos direitos do autor. Tornou-se problemática a proteção jurídica limitada ao âmbito nacional de um objeto que já circulava mundialmente. Por tal motivo, algumas nações empreenderam esforços para unificar os ordenamentos. Somente com a Convenção de Berna, assinada em 1886, tornou-se possível unificar as regras de direitos autorais de forma ampla, com o envolvimento de vários países, a partir da criação da União de Berna²⁴. Após 130 anos de sua celebração, a Convenção de Berna continua sendo a principal norma internacional em matéria de direitos autorais, revisada pela última vez em Paris no ano 1971.

As condições históricas e tecnológicas atuais, no entanto, apresentam um panorama muito diferente dos

17 TRIDENTE, Alessandra. *Direito autorai: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 4-5

18 Texto original do preâmbulo do Statute of Anne: “An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned [...]”. In: STATUTE OF ANNE, 1710. *The History of Copyright: A Critical Overview With Source Texts in Five Languages*. Disponível em: <<http://www.copyright-history.com/anne.html>>. Acesso em 13 out. 2016.

19 Em qualquer contexto histórico a noção de domínio público perpassa pela ideia de fim da proteção autorai, especialmente no aspecto patrimonial. Segundo Sérgio Branco, ainda que o prazo de proteção autorai mude no decorrer do tempo ou que a fundamentação dos Direitos Autorais seja distinta em cada nação, a noção de domínio público como espaço de livre acesso às obras intelectuais persiste ao longo do tempo. Veja mais sobre: BRANCO, Sérgio. *O domínio público no direito autorai brasileiro: uma obra em domínio público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 87

20 STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Um novo mundo para as ideias. *Tuinti: Ciência e Cultura* (Online), v. 45, p. 142, 2012.

21 PRONER, Carol. *Propriedade intelectual: para uma outra ordem jurídica possível*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 22

22 José de Oliveira Ascensão afirma que a escolha da proteção dos interesses do autor como direito de propriedade aproveitou o caráter sagrado que o direito de propriedade naquele contexto. In: ASCENSÃO, José Oliveira. As “exceções e limites” ao direito de autor e direitos conexos. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE DIREITO AUTORAI, 2008, Fortaleza. *Anais do Fórum Nacional de Direito Autorai*. Brasília: Ministério da Cultura, 2008. Disponível em: <http://thacker.diraol.eng.br/mirrors/www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2009/02/texto_mesa11_ascensao.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

23 Conferir BRANCO, Sérgio; PARANAGUÁ, Pedro. *Direitos Autorais*. Rio Janeiro: FGV, 2009. p. 17. Essa versão é contestada por autores que apontam a utilização do discurso da defesa do Direito do Autor como meio para garantir o monopólio de exploração, pois os editores adquirem o direito de exploração comercial da obra diretamente da fonte originária, isto é, o autor. Nesse sentido, conferir STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Um novo mundo para as ideias. *Tuinti: Ciência e Cultura* (Online), v. 45, p. 135-152, 2012;

24 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção internacional do direito de autor e o embate entre os sistemas do copyright e do *droit d’auteur*. *VIDERE*, v. 3, n. 5, p. 107-128, 2011. Disponível em: <http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/971/pdf_48>. Acesso em: 20 maio 2016.

séculos anteriores, com altos impactos na circulação de informação, na produção do conhecimento e na configuração das sociedades em rede²⁵. Atualmente, a indagação é sobre qual seria o escopo do Estado ao estipular um monopólio de exploração? Seria a permanência de uma mera satisfação dos interesses econômicos dos investidores ou dos autores?

3. REINVENÇÃO DO RELACIONAMENTO ENTRE AUTOR, PÚBLICO E PRODUÇÃO CULTURAL NA CIBERCULTURA

A tecnologia sempre transformou a forma de experimentar o mundo. Para além de uma relação sujeito-natureza, as novas tecnologias da informação (TICs)²⁶ reinventam, em certa medida, a forma como os sujeitos se configuram e como o mundo se realiza através de modelos de hibridização²⁷. O mundo físico já não engloba tudo que conhecemos como real pois o virtual expandiu a realidade, funcionando como um espaço cotidiano no qual os indivíduos desenvolvem relações comerciais, afetivas, sociais e políticas. Assim, as sociedades informacionais conectadas pela rede mundial de computadores têm como característica a ampliação das possibilidades da realidade²⁸.

As distâncias físicas são eliminadas no ambiente digital, já que, em poucos segundos, é possível disseminar pelo globo uma notícia, um vídeo ou ainda comercializar um produto. A rede mundial de computadores faz jus ao próprio nome. No ambiente digital, as pessoas vivem em rede, separadas apenas por um clique de distância. Interligando as transformações subjetivas e políticas, percebe-se, ainda, uma mudança na matriz produtiva da sociedade. O industrialismo é substituído pelo que Manuel Castells²⁹ chama de “informacionalismo”³⁰. As tecnologias da informação vão gradativamente adquirindo importância em comparação com as máquinas de produção das fábricas, que dominaram a economia antes do século XX.

Essas transformações podem ser observadas na produção e reprodução de bens culturais, os quais agora prescindem de suporte físico, facilitando, assim, a apropriação do público. Embora uma parte significativa da população ainda esteja excluída da rede, a popularização da internet³¹ é fato e as formas de uso, criação e acesso de bens culturais foram sensivelmente modificadas, incluindo não só a facilidade, como também a diversidade do material produzido e difundido³².

25 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

26 Falar em Novas Tecnologias da Informação e da Comunicação não necessariamente significa tratar de dispositivos tecnológicos novos, já que esse processo teve sua origem da década de 1970 com a invenção dos primeiros computadores. De acordo do André Lemos “por NTICS compreende-se o conjunto de dispositivos microeletrônicos e o processamento automático da informação. Como exemplo, podemos citar os computadores, a internet, os telefones celulares, os tablets, os aparelhos de vídeo e foto digitais, os CDs e DVDs, as memórias externas, a TV digital, as redes wi-fi, bluetooth, os sensores etc.”. In: CITELLI, Adilson et al. *Dicionário de comunicação: escolas, teorias e autores*. São Paulo: Contexto, 2014. p. 413.

27 LATOUR, Bruno. *Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica*. Rio de Janeiro: 34, 1994.

28 Sobre a dicotomia entre real e virtual, conferir LÉVY, Pierre. *O que é virtual?* São Paulo: 34, 1996. Também TURKLE, Sherry. Fronteiras do real e do virtual. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n. 11, p. 117-123, 1999. Disponível em: <<http://gilbertoavila.pro.br/wp-content/uploads/bp-attachments/91/3057-10430-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2016.

29 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

30 Manuel Castells entende por sociedade informacional “o atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico.”. In: CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 64-65

31 O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgou em 2016 o resultado da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), a qual passou a abranger dados sobre o acesso dos domicílios brasileiros e o uso individual à internet. De acordo com o PNAD relativo ao ano de 2014, o número de domicílios com acesso à internet chegou a 36,8 milhões, totalizando 54,9% dos domicílios. Esse acesso ocorre por meios diversos, por exemplo, celulares, tablets e computadores. Veja mais sobre em: BRASIL. *Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal-2014*. Pesquisa nacional por amostra de domicílios. Rio de Janeiro: IBGE, 2016.

32 De acordo com Guilherme Carboni, “podemos dizer que, na sociedade da informação, a cultura digital propiciada pela internet guarda certa afinidade com a cultural oral primária (que é anterior ao aparecimento da escrita), principalmente, no que diz res-

Aqui, trabalha-se com as noções de cultura e de bens culturais³³ que correspondem aos frutos da criatividade humana, com foco naqueles bens que podem ser reproduzidos em larga escala, sem perda da qualidade original ou descaracterização. No caso de músicas³⁴, livros, artigos, revistas e produção audiovisual³⁵, surge a possibilidade, com as novas tecnologias da informação e comunicação, de esses bens serem virtualizados, dispensando o suporte físico e modificando o modo como a população se apropria desses bens. O que antes era adquirido em lojas de CDs, livrarias, videolocadoras e outros estabelecimentos de venda ou empréstimo de produtos culturais, agora está disponível na internet, gratuitamente ou não. As transformações ligadas ao fenômeno do virtual alcançam tanto os produtores culturais quanto o público. Em tempos de superinformação, conectividade e desterritorialização, percebe-se que não só o suporte da criação foi modificado, mas a própria forma de criar adquiriu novas características.

Além da forma de criar, a difusão sofreu sensível aumento. Anteriormente, as empresas envolvidas na produção cultural determinavam o que seria consumido pelo público. A escolha dos produtos colocados em circulação no mercado excluía parcela significativa dos bens culturais produzidos. As mídias clássicas ou mídias de massa³⁶, televisão e rádio, tinham seus espaços monopolizados pelas grandes empresas. Já a internet passou a abrigar um acervo superior ao das bibliotecas, dos estúdios de música ou das lojas de discos e videolocadoras físicas. Assim, qualquer indivíduo conectado tem a possibilidade de colocar à disposição dos outros usuários arquivos contendo bens culturais.

O cenário independente que tinha seu acesso restrito à pequena parcela da população, ocupando posição marginalizada, atualmente, encontra-se em ebulição com a crescente adesão dos artistas e do público aos meios alternativos de produção e distribuição. Percebe-se que “o barateamento e a descentralização da produção [...] possibilitam aos músicos e intérpretes maior autonomia para produção e distribuição de suas obras”³⁷. Essas diversidade e independência, no entanto, não suplantam o fato de que o ciberespaço ainda reproduz as relações de poder do mundo material, enfrentando, mas não superando, o poder econômico

peito à coletivização do saber. Porém, enquanto na cultura oral primária prezava-se a manutenção do saber para que ele pudesse ser difundido às outras pessoas da tribo, a cultura digital tem como base a tecnologia digital, que confere maior liberdade à criatividade humana e maior originalidade ao processo de criação intelectual”. In: CARBONI, Guilherme. Aspectos gerais da função social do direito de autor. In: PIMENTA, Eduardo Salles. *Propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Min. Carlos Fernando Mathias de Souza*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009. Disponível em: <https://www.academia.edu/20086246/Aspectos_Gerais_da_Teoria_da_Fun%C3%A7%C3%A3o_Social_do_Direito_de_Autor>. Acesso em: 11 set. 2016. p. 201

33 Daniela Canedo aponta que essa visão de cultura é restrita, englobando atividades artísticas, intelectuais e de entretenimento que, normalmente, são vinculadas a interesses econômicos. Contudo, este artigo busca compreender formas mais inclusivas de acesso à produção cultural, que estimulem a criatividade e o intercâmbio dos bens culturais, para além das restrições patrimoniais vigentes. Veja mais sobre em: CANEDO, Daniele. “Cultura é o que?” - Reflexões sobre o conceito de cultura e a atuação dos poderes públicos. In: ENCONTRO DE ESTUDOS MULTIDISCIPLINARES EM CULTURA (ENECULT), 5., 2009, Salvador. *Anais eletrônicos...* Salvador: Faculdade de Comunicação/UFBA: 2009. Disponível em: <<http://www.cult.ufba.br/enecult2009/19353.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016.

34 Um estudo consistente sobre Direitos autorais e música é apresentado nesta revista por Ribeiro, Freitas e Neves. Embora as autoras enfatizem a regulação, tendo em vista o campo crescente de reprodução musical, não problematizando, como pretendemos fazer aqui, as bases privatistas do direito autoral tradicional, o estudo apresenta um conjunto importante de informações sobre o campo regulatório brasileiro e sobre as tecnologias aplicáveis ao reconhecimento de músicas. Conferir RIBEIRO, M. C P; FREITAS, C. O. de A; NEVES, R. C. Direitos autorais e música: tecnologia, direito e regulação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

35 No caso das esculturas, pinturas e outros bens únicos, não há a possibilidade de reprodução física sem a perda do valor, portanto, o processo de virtualização não atinge tais bens.

36 A noção de mídia de massa está intimamente ligada à visão de cultura de massa, tendo H. Lasswell como precursor desses estudos, com a sua obra “*Propaganda techniques in te world war*”. Esse autor trabalha uma visão funcionalista do fenômeno, portanto, “[...]a visão de cultura de massa que subjaz disso é uma noção que lembra os teóricos da massificação da sociedade do século XIX, segundo a qual uma determinada visão sobre as massas parece ter aqui se transformado na correlata ideia de cultura de massa, isto é, algo homogêneo e alienante, construído para gerar tipos específicos de efeitos desejados, seja pelos donos dos conglomerados de comunicação, seja pelo Estado. In: CITELLI, Adilson et al. *Dicionário de comunicação: escolas, teorias e autores*. São Paulo: Contexto, 2014. p. 105

37 LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro de; SANTINI, Rose Marie. Música e cibercultura. *Revista FAMECOS*, v. 1, n. 40, p. 54, 2009. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/viewArticle/6317>>. Acesso em: 12 out. 2016.

dos grandes grupos financeiros.

Mudança significativa, também, ocorreu na relação entre o criador e o seu público. O espaço digital permite ao público sair da passividade de outrora. Alex Primo³⁸, ao estudar a interação mediada pelo computador, observa que o ambiente digital comporta múltiplas formas de interação, dividindo-as em reativas e mútuas. Assim, o ciberespaço não é um ambiente completamente predeterminado (reativo), tampouco é totalmente livre (mútuo).

A simplicidade no manejo dos programas de computador é outro fator que permite aos usuários se manifestarem artisticamente, por exemplo, remixando músicas e editando vídeos. Criar a partir do que já foi criado, eis o viés antropofágico³⁹ da cultura digital.

Pensando na rede para seu uso, inventaram modos de comunicação mediados por computador para compartilhar conhecimentos no espaço virtual: a “câmara dos comuns intelectual”. O consumo passivo de informação se transforma em processo participativo de “criatividade interativa”. Os usuários das novas tecnologias digitais de informação e comunicação descobrem o potencial de compartilhar informações, conhecimentos e conteúdos. A comunicação em rede corrói profundamente as bases da indústria cultural, particularmente no que se refere à produção artificial de escassez pelo controle do acesso e do uso. A internet evidencia a indústria cultural como algo histórico e social, e não como modo “natural” de produção e disseminação de bens imateriais.⁴⁰

No campo da produção cultural, o compartilhamento de bens imateriais na internet aparece como o motor para criação de um ambiente mais democrático e criativo. Percebe-se a interação entre indivíduos dispostos não só a compartilhar bens imateriais, como também a participar do processo criativo. Para Klang⁴¹, a facilidade do acesso aos bens culturais no ambiente digital é enriquecedora, na medida em que a criação normalmente não acontece em isolamento. O criador carrega uma bagagem de experiências, leituras, músicas e outras obras com as quais entrou em contato. Isto é potencializado pelas trocas no ciberespaço.

Inspirado na tendência da apropriação criativa nasce o movimento remix, popular nas pistas de dança pelo mundo, inclui práticas de apropriação e reinvenção do produto musical com efeitos eletrônicos. Klang⁴² explica sobre o processo de criação do remix, que começou na década de 1970 impulsionado pelas discotecas e consistia em inserir espaços na música, modificando o ritmo e a velocidade. Posteriormente, temos o *remix* seletivo, que propõe maior intervenção na música original, mas mantém o núcleo. Já na terceira fase, o processo de recriação é autônomo, conferindo características próprias às canções remixadas.

André Lemos⁴³ defende que “o princípio que rege a cibercultura é a “re-mixagem”, conjunto de práticas sociais e comunicacionais de combinações, colagens, *cut-up* de informação a partir das tecnologias digitais”. Sob esse ângulo, o remix representa a abertura proporcionada pelas TICs para a apropriação e livre acesso

38 PRIMO, Alex. *Interação mediada por computador: comunicação, cibercultura e cognição*. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

39 Sobre a noção de antropofagia, é importante fazer a ressalva que de esta não corresponde à reprodução integral de ideias preexistentes, portanto, “[...]Convida-nos, não à cópia, mas à “devoração” do que já existe para, assim, construirmos algo nosso. A ideia filosófica da antropofagia acredita que são através dos encontros/confrontos de ideias, valores, conceitos que pode surgir algo diferente.” In: BARCELOS, Valdo. *Antropofagia Cultural e Educação Ambiental: contribuições à formação de professores (as)*. In: REUNIÃO ANUAL DA ANPED, 28., 2005, Caxambu, MG. *Anais...* Caxambu, MG, 2005.

40 LIMA, Clóvis Montenegro de; SANTINI, Rose Marie. Copyleft e licenças criativas de uso de informação na sociedade da informação. *Ci. Inf.*, Brasília, v. 37, n. 1, p. 123, abr. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19652008000100011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 out. 2016.

41 KLANG, Helena. *Antropofagia digital: a questão autoral no tempo do compartilhamento*. 2011. 132f. Dissertação (Mestrado em Comunicação) – Faculdade de Comunicação Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

42 KLANG, Helena. *Antropofagia digital: a questão autoral no tempo do compartilhamento*. 2011. 132f. Dissertação (Mestrado em Comunicação) – Faculdade de Comunicação Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/30878165/Dissert_Helena_Klang_completa.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1486420584&Signature=hKNELHwq1t3vO9jAZnF7B8oVdL4%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DAntropofagia_digital_a_questao_autoral_n.pdf>. Acesso em: 11 maio 2016. p. 39-41

43 LEMOS, André. *Ciber-Cultura- Remix*. In: SEMINÁRIO SENTIDOS E PROCESSOS, 2005, São Paulo. *Anais eletrônicos...* São Paulo: Itaú Cultural, p. 1, 2005. Disponível em: <<http://www.facom.ufba.br/ciberpesquisa/andrelemos/remix.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

de bens imateriais, que estimula a descentralização da produção cultural e criação livre dos impedimentos da concepção tradicional de Direito Autoral.

Em oposição à essa abertura proporcionada pelas TICs, desde a década de 1990, há uma tendência de fortalecimento do discurso maximalista dos Direitos Autorais⁴⁴, em razão da crescente importância adquirida pelos bens imateriais na economia. Observa-se, ainda, uma movimentação jurídica com o intuito garantir a proteção dos interesses privados envolvidos, por meio de normas restritivas e da dilação dos prazos do monopólio de exploração⁴⁵.

Diante do crescimento das restrições legais ao acesso aos bens imateriais, também surgem grupos voltados para a ressignificação do direito autoral, por exemplo, o Movimento Software Livre e o Movimento Cultura livre, do qual a organização Creative Commons é corolário, ambos surgem na seara privada e sem interferência estatal, salvo quando contam com a colaboração dos governos⁴⁶. Essas iniciativas se valem da criação de instrumentos jurídicos — licenças jurídicas — para garantir maior liberdade de acesso ao público, a seguir trabalhado.

4. CREATIVE COMMONS E A FLEXIBILIZAÇÃO DA TUTELA AUTORAL

A trajetória do Movimento Software Livre e do Movimento Cultura Livre se confundem em alguns aspectos. Ambos os movimentos travam disputas⁴⁷ com a concepção tradicional, mas não abandonam totalmente o campo dos Direitos Autorais. Conforme mencionado, no decorrer do século XX, os bens imateriais adquiriram maior importância econômica e, por consequência, houve a criação de normas mais rígidas, criando obstáculos ao acesso⁴⁸. Um exemplo dessa tendência é o Acordo TRIPS⁴⁹.

Em oposição a essa tendência de maximização da propriedade intelectual, nasce o Movimento *Software* Livre, com a reação de Richard Stallman, em 1983, à política das empresas de desenvolvimento de *software* de proibir o acesso ao código fonte para modificação. Em linhas gerais, o objetivo do movimento era restabelecer a liberdade dos usuários de *softwares*, tolhida pelas novas regras privatistas⁵⁰.

44 MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) –Pontifícia Universidade Católica. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/7613>> Acesso em: 12 jan. 2016.

45 LESSIG, Lawrence. *Cultura livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade*. São Paulo: Trama, 2005.

46 MARINHO, Maria Edelvacy Pinto. A proteção positiva do domínio público. *Rev. Bras. Polít. Públicas* (Online), Brasília, v. 7, n. 2, p. 32-40, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4710>>. Acesso em: 22 out. 2017.

47 Quando falamos sobre maximização dos direitos autorais, na realidade, o que se está apontando é a criação de normas cada vez mais restritivas ao acesso, tanto no campo internacional como no campo nacional, por exemplo, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS). Cabe aqui trazer a crítica de Eduardo Ariento ao relatar que “os direitos econômicos normalmente são cedidos pelos autores à indústria que realiza a exploração empresarial das artes, cultura e saber. A não ser os autores *best sellers*, os demais costumam ficar desprotegidos quanto à exploração econômica.”. Nesse sentido, fica o questionamento sobre a que interessa essa expansão das restrições. Para mais informações, consultar: ARIENTE, Eduardo Altomare. Políticas de acesso aberto para trabalhos científicos: interesse pública e direitos do autor. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 1, p. 139, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4328>>. Acesso em 22 out. 2017.

48 Consultar: LESSIG, Lawrence. *Cultura livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade*. São Paulo: Trama, 2005.

49 O TRIPS foi incorporado ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto nº 1.355 de 1994 e disciplina tanto questões de Direito do Autor quanto de Propriedade Industrial. No que tange ao Direito Autoral, o TRIPS não abandona o sistema da Convenção de Berna, ao contrário, reafirma o compromisso com os dispositivos da Convenção de Berna em seu artigo 9, parágrafo 1º. A única exceção que o TRIPS abre ao modelo da OMPI é a facultatividade do reconhecimento dos direitos morais do autor, que estão contidos no artigo 6 bis da Convenção de Berna.

50 EVANGELISTA, Rafael. O movimento software livre, suas divisões políticas e suas ideias. 34º Encontro Anual da Anpocs, 2010, Anpocs. *Anais do 34º Encontro Anual da Anpocs*, 2010. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/15665882/1465481631/name/rafaelEvangelista.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2016.

O Movimento Cultura Livre surge pregando, também, o restabelecimento das liberdades, mas numa perspectiva de acesso aos bens culturais, cada vez mais protegidos por longos prazos e por normas restritivas, em âmbito nacional e internacional. Lawrence Lessig, o criador das licenças Creative Commons (CC), é o nome mais conhecido do movimento, transportando o debate do *software* livre para os bens intelectuais em geral.

Inspirado por esse movimento, Lessig generalizou e adaptou os seus conceitos para abarcar qualquer tipo de bem imaterial. Para ele, a estratégia adotada pelo Movimento *Software Livre*, em que se utilizou as regras de direitos autorais usuais para benefício de um ideal de expansão do conhecimento de livre acesso, poderia se aplicado a cultura em geral. Como Stallman construiu uma ideologia e um aparato técnico para libertar o *Software*, Lessig fez o mesmo como a cultura em geral. Com efeito, as licenças Creative Commons surgiram no seio do Movimento Cultura Livre, pretendendo-se afirmar como um instrumento de liberação de obras intelectuais, de forma voluntária por seus titulares, do regime geral dos direitos autorais.⁵¹ [...]

Longe de defender uma ruptura com a base da tutela autoral, Lawrence Lessig edifica um modelo de licenças que preservam alguns direitos do autor, relativizando a frase símbolo do *copyright*, que é *all rights reserved*⁵². Tanto o Creative Commons quanto o *software* livre são fenômenos do contexto da cibercultura, construídos com base nos avanços das TIC'S. Mas os discursos de Lessig e Stallman apontam em duas direções: de um lado, o futuro com a ampliação do acesso e da produção colaborativa potencializados pelas TIC's; por outro, o passado que não considerava, apenas, o aspecto mercadológico dos bens imateriais e abria espaço para a liberdade na utilização e na criação.

A organização não governamental Creative Commons (CC) foi criada em 2001 e o lançamento da primeira versão das licenças ocorreu em 2002. A sede da instituição é a Universidade de Stanford nos EUA. O Brasil⁵³ foi um dos pioneiros na adesão às licenças CC, durante 5º Fórum Internacional do Software Livre⁵⁴ em 2004. De acordo com informações do site⁵⁵, o projeto é mantido por doações de instituições públicas e privadas, além das vendas de produtos com o símbolo da instituição.

De acordo com o site da CC, cada licença é composta por 3 camadas: a) legível por máquinas; b) legível por humanos; c) texto legal. A primeira camada está adaptada a uma linguagem inteligível por programas de computador. Como observa Sérgio Branco⁵⁶, a utilização do texto gerado auxilia a identificação do tipo de licença adotado, pois ocorre a inserção do símbolo da licença na obra, ou seja, uma linguagem de marcação. Já a segunda camada traz uma versão resumida e simplificada dos termos da licença, com o intuito de facilitar a compreensão do público não familiarizado com termos jurídicos. Por fim, o texto legal, que traz informações técnicas e jurídicas específicas referentes a cada tipo de licença.

Com base nesses dados, este trabalho se debruçou na análise das licenças Creative Commons 4.0, que representam as versões⁵⁷ mais recentes do projeto. As licenças CC 4.0 foram lançadas ao final de 2013, na

51 SANTOS, Samory. P. A interpretação das licenças Creative Commons de vedação de uso comercial diante do Movimento Cultura Livre. In: CUSTÓDIO, Maraluce; ASSAFIM, Maria João Marcelo de Lima. (Org.). *Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 581

52 Tradução: "Todos os direitos reservados".

53 No Brasil, o Creative Commons funciona como um projeto no âmbito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), especificamente do Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito. Sob a coordenação de Pedro Mizukami e Eduardo Magrani da FGV, e por Sérgio Branco, membro do Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS Rio).

54 O lançamento das licenças CC no Brasil gerou um documentário, que pode ser acessado pelo link: <https://archive.org/details/CreativeCommonsCreativeCommonsBrasil>

55 A organização Creative Commons mantém o endereço eletrônico: <https://br.creativecommons.org/>. Este site detalha informações sobre a estrutura organizacional do CC, as licenças oferecidas e obras licenciadas pelo selo do projeto.

56 BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. *O que é Creative Commons?: novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 97

57 Nesse sentido, o artigo desenvolvido tem como campo a análise da base legal das licenças CC 4.0, composta por 6 (seis) documentos jurídicos: Atribuição 4.0 (CC BY); Atribuição- CompartilhaIgual (CC BY- SA); Atribuição- SemDerivações (CC BY- ND); Atribuição- NãoComercial (CC BY- NC); Atribuição- NãoComercial- CompartilhaIgual (CC BY- NC- SA); Atribuição- NãoComercial- SemDerivações (CC BY- NC- ND). Cada documento está subdividido em 8 seções, que tratam das definições norteadoras, da

versão em Língua Inglesa. Até a presente data, não houve uma tradução oficial do texto legal para a língua portuguesa.⁵⁸

A priori, a CC cria mecanismos jurídicos que permitem o intercâmbio de bens culturais com o intuito de estimular o acesso e, conseqüentemente, a criatividade. Mas, simultaneamente, reafirma o compromisso com os valores do Direito Autoral tradicional. Sob esse ângulo, coube identificar o quanto as licenças do CC 4.0 representam o ideal do Movimento Cultura Livre ou a manutenção do modelo autorial vigente.

Para a análise de conteúdo, foram criadas duas categorias finais: Direito Autoral Tradicional e Cultura Livre. Ambas representam formas distintas de compreender o acesso aos bens intelectuais. Partindo da ideia de que a construção jurídica do direito de autor é embasada numa visão individualista, com ênfase na proteção dos interesses patrimoniais e morais do autor, criou-se a categoria Direito Autoral Tradicional⁵⁹. Em sentido contrário, a categoria Cultura Livre⁶⁰ surge embasada na ideia da maximização do acesso à cultura.

A partir de palavras-chave, buscou-se nas licenças identificar a ocorrência e ênfase de um ou outra categoria, sendo possível sistematizar, em um quadro comparativo, o grau de permissões entre uma e outra licença. Dispostas em ordem decrescente de permissões, de uma Cultura Livre à permanência de elementos do Direito Autoral tradicional, as licenças são, assim, comparadas:

Quadro: Comparação de permissões das licenças Creative Commons 4.0

Licenças Creative Commons 4.0	Atribuição de Autoria	Compartilhar Obra original		Criar Obra Derivada (Remix)	Compartilhar Obra derivada		
		Sem fins Comerciais	Com fins Comerciais		Sem fins Comerciais	Com fins Comerciais	Licença Diferente
CC BY	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM
CC BY SA	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	NAO
CC BY NC	SIM	SIM	NAO	SIM	SIM	NAO	SIM
CC BY NC SA	SIM	SIM	NAO	SIM	SIM	NAO	NAO
CC BY ND	SIM	SIM	SIM	NAO	NAO	NAO	NAO
CC BY ND NC	SIM	SIM	NAO	NAO	NAO	NAO	NAO

Fonte: O autor, 2017.

A licença CC “Atribuição 4.0” (CC BY), a qual recebe no site do Creative Commons o selo *free cultural*, reduz ao máximo os obstáculos ao acesso, produção, reprodução, publicação e compartilhamento do público. De um lado, afirma-se a identificação da licença Atribuição 4.0 com os valores da “Cultura Livre”⁶¹, os quais correspondem ao amplo acesso da sociedade às obras artísticas, literárias e científicas produzidas.

finalidade, das condições para o exercício dos direitos licenciados, das limitações da responsabilidade do licenciante sobre o material licenciado, prazo e rescisão em caso de descumprimento dos termos da licença, outros termos e interpretação.

58 Cabe mencionar que as unidades de análise selecionadas estão em Língua Inglesa, em razão da ausência de uma tradução oficial das licenças *Creative Commons* 4.0 para língua portuguesa. Segundo o site da organização, a tradução está sendo realizada por uma equipe mista de brasileiros e de portugueses envolvidos na organização *Creative Commons*.

59 Esta composta pelas seguintes unidades de análise: Moral rights- personality rights; Property rights-royalties- commercial; reproduction right; exceptions and limitations. Tradução nossa: Direitos morais - direitos da personalidade; Direitos de propriedade-royalties-; Direito de reprodução; exceções e limitações

60 Assim, a categoria de análise “Cultura Livre” é composta pelas unidades de análise: *access; share- dissemination- copy; Freedom-free; remix- adapt (adapted)- build/ based upon* Tradução nossa: acesso; compartilhar- disseminação- cópia; liberdade-livre; remix- adaptar (adaptado) – criar a partir do material- baseado em.

61 LESSIG, Lawrence. *Cultura livre*: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade. São Paulo: Trama, 2005.

Mas admite-se que nem todas as licenças CC adotam a visão de maximização do acesso, portanto, há uma mitigação das liberdades básicas do projeto em benefício da conservação de alguns direitos de autor.

A partir do título da licença CC BY, é perceptível a incidência dos Direitos Autorais nesse modelo, uma vez que “atribuição” da autoria corresponde ao direito de reconhecimento social da autoria ou paternidade da obra, que integra os chamados direitos morais do autor. Mas é fato que a ideia de “compartilhar” e promover o acesso está no cerne da licença CC BY 4.0. Portanto, abre uma gama de possibilidades de acesso e de criação de novas obras, até de exploração econômica, desde que respeitados os termos da licença, por exemplo, obrigatoriedade de reconhecimento da autoria na licença atribuição 4.0.

Desse modo, a licença CC BY, ao autorizar a produção e compartilhamento de obras adaptadas, instrumentaliza a prática da antropofagia digital⁶² sem violar as normas de Direitos Autorais vigentes. Vale apontar que a organização Creative Commons, apesar de ampliar o acesso aos bens imateriais, não torna a obra pública, já que se vale da noção de direito autoral para criar as licenças, respeitando prazos, direitos morais do autor e outras características. Sergio Branco⁶³ chega a defender que o Creative Commons existe em razão do Direito Autoral.

Essa licença não proíbe o uso comercial da obra, tanto por parte do autor como por parte de quem venha acessar o material. Nesse sentido, Morigi e Santin⁶⁴ chamam a atenção que o vocábulo *free* está ligado à liberdade do usuário utilizar o produto em qualquer propósito, logo, as obras licenciadas pela licença CC BY podem ser comercializadas, como também o público pode ter acesso de forma gratuita. A partir dessa verificação, é possível constatar que todas as licenças CC têm um núcleo de liberdades não passíveis de limitação, por exemplo, o direito de o público reproduzir e compartilhar a obra licenciada para fins não comerciais.

Como as licenças CC 4.0 foram criadas para se adaptarem aos ordenamentos jurídicos de várias nações, as unidades “*Moral rights- personality rights*” aparecem no texto legal, ainda que os países herdeiros da concepção inglesa não reconheçam essa divisão entre direitos patrimoniais e morais do autor⁶⁵. A licença, ao tratar dos direitos morais do autor, exclui tais direitos da abrangência do documento. Isto significa dizer que qualquer uso autorizado pela licença não deve afrontar os direitos morais, pois eles não estão inclusos nos termos da licença. No entanto, a própria licença CC BY protege o direito ao reconhecimento da paternidade da obra que integra os chamados “direitos morais do autor”.

Sobre os direitos patrimoniais, a licença CC BY dispõe que o autor, ao aderir dispensa o pagamento devido, *a priori*, pelo uso dos bens intelectuais. O ponto central da permissão é que, também, impede o recolhimento desses *royalties* pelas instituições coletivas de arrecadação e de distribuição dos direitos patrimoniais dos autores, por exemplo, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição⁶⁶ (ECAD). Embora

62 KLANG, Helena. Políticas culturais na era digital ou a Revolução Caraíba contemporânea. *Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2010. Disponível em: <http://www.contemporanea.uerj.br/pdf/ed_15/contemporanea_n15_07_Klang.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2016.

63 BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. *O que é Creative Commons?: novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

64 MORIGI, Valdir; SANTIN, Dirce Maria. Reflexões sobre os valores do Movimento Software Livre na criação de novos movimentos informacionais. *Informação & Informação*, v. 12, n. 1, p. 10, 2007. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/informacao/article/download/1746>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

65 Paula Lara e Leonardo Poli observam que a “a doutrina do copyright não reconhece o direito moral de autor, uma vez que o direito anglo-saxão concebe o direito autoral somente como direito de reprodução, protegendo apenas os lucros advindos dessa reprodução e não tutela a obra intelectual, a criação do espírito humano.”. In: LARA, Paula Maria Teles; POLI, Leonardo Macedo. Uma análise humana e democrática dos direitos morais do autor. In: BARROS, Renata Furtado; LARA, Paula Maria Teles; POLI, Leonardo Macedo (Org.). *Direitos Humanos: um debate contemporâneo*. Raleigh: Lulu Publishing, 2011. p. 577

66 O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) é uma instituição privada instituída pela Lei 5.988/73, que tem como missão centralizar a arrecadação de direitos autorais sobre a execução musical. Esse escritório é gerido por oito associações de gestão coletiva musical, as quais são compostas por autores, compositores, intérpretes, músicos, editoras musicais e produtores fonográficos. Veja mais informações sobre: ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO (ECAD). *O Ecad*. Rio de Janeiro, [2016?]. Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/pt/quem-somos/oEcad/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

não impeça a utilização, por terceiros ou pelo próprio autor, para fins comerciais.

Ainda, o texto jurídico da CC BY afirma que, quando for aplicável alguma limitação legal ao Direito Autoral⁶⁷, automaticamente não são aplicados os termos das licenças CC. Tal dispositivo se justifica pelo fato de que as limitações isentam o beneficiário de qualquer direito patrimonial e dispensam a autorização do autor, portanto, não há necessidade de aplicar as licenças, tendo em vista que o objetivo da maximização do acesso está garantido.

A segunda licença objeto da análise é a Atribuição- CompartilhaIgual 4.0 (CC BY- SA). Esse modelo, também, recebe o selo *free cultural*, segundo o site da organização Creative Commons. Por isso, em tese, é compatível com a maximização das formas de reprodução, compartilhamento e adaptação. O diferencial entre as licenças CC BY-SA e a CC BY reside na obrigatoriedade imposta por aquela do licenciamento de qualquer material adaptado com a mesma licença da obra original. Nessa linha, a licença CC BY- SA opta pela manutenção do modelo de produção descentralizada, chamado por Yochai Benkler⁶⁸ de produção social, em que a produção é colaborativa, intermediada pelas TIC's. Ainda nessa perspectiva, a ideia do “commons” (ou espaço comum) fortalece a produção cultural descentralizada, fora do âmbito mercadológico da indústria cultural⁶⁹.

Assim, as licenças CC BY e CC BY-SA, ao ampliarem a margem de permissões de uso, colaboram para a criação de uma infraestrutura básica comum, que estimula a participação da sociedade no processo criativo.

A licença Atribuição- SemDerivações (CC BY- ND) não recebe o selo “free cultural” no site do Creative Commons e está sinalizada no cabeçalho com a cor amarela. Usando a simbologia dos sinais de trânsito, as licenças CC BY 4.0 e CC BY-SA 4.0 têm o cabeçalho verde para representar a ampla liberdade oferecida. Enquanto as demais licenças estudadas têm o cabeçalho amarelo com o intuito de indicar “atenção”, pois alguns direitos são limitados, por exemplo, vedação de obra derivada e/ ou proibição de uso com fins comerciais. Nesse raciocínio, a cor vermelha corresponde ao “pare”, indicando o sistema de Direito Autoral tradicional, no qual todos os direitos são reservados.

Na licença CC BY- ND, observa-se a autorização para produzir e reproduzir, mas não compartilhar, material adaptado. Sob esse ângulo, a vedação dessa licença não é sobre a produção de obra derivada, e sim sobre o compartilhamento da adaptação da obra. Essa constatação não altera o quadro, ou seja, a proibição da CC BY- ND destoa dos ideais do Movimento Cultura Livre⁷⁰. Some-se a esse aspecto, que mitiga uma cultura livre, a unidade “no Derivatives”, a qual compreende a proibição a qualquer modificação na obra original, preservando essa característica do Direito Autoral Tradicional.

A quarta licença analisada é a Atribuição- NãoComercial (CC BY- NC), semelhante à Atribuição- SemDerivações, também não recebe o selo “free cultural” por conter restrições às liberdades do público. Assim, no exame da licença CC BY- NC, o que está em debate não é, apenas, a vedação de uso para fins comerciais, como também o controle do autor ou detentor dos direitos licenciados sobre o destino da obra, ou a eliminação da concorrência. No entanto, o alcance do termo “noncommercial” gera dúvidas entre os usuários e os autores que fazem uso do instrumento. Segundo a definição da seção 1, item i:

NonCommercial significa não primariamente destinado ou direcionado para vantagem comercial ou

67 As limitações aos direitos autorais podem ser entendidas como formas de promover usos livres, reduzindo a abrangência das restrições da noção tradicional de proteção autorial. Apesar desse potencial de promoção do acesso, ao examinar a Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98), percebe-se como a legislação reduz o alcance dessas limitações em detrimento da ampliação da proteção dos autores.

68 BENKLER, Yochai. A economia política dos *Commons*. In: SILVEIRA, Sérgio Amadeo et al. *Comunicação digital e a construção dos Commons: redes virais espectro aberto e as novas possibilidades de regulação*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007.

69 BENKLER, Yochai. A economia política dos *Commons*. In: SILVEIRA, Sérgio Amadeo et al. *Comunicação digital e a construção dos Commons: redes virais espectro aberto e as novas possibilidades de regulação*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007. p. 16

70 COLETIVO FREE CULTURE. *Manifesto Cultura Livre*. 2009. Disponível em: <<http://www.culturadigital.br/caribe/2009/08/09/manifesto-da-cultura-livre/>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

compensação monetária. Para fins desta licença pública, a troca do Material Licenciado por outros materiais sujeitos a Direitos de Autor e Direitos Conexos por meio de compartilhamento digital de arquivos ou meios similares é Não Comercial, desde que não haja pagamento de compensação monetária em conexão com a troca.⁷¹

Do texto se extrai que o recebimento de compensação monetária ou a vantagem comercial são proibidos pela licença CC BY-NC 4.0. Por compensação monetária, entende-se o pagamento pelo acesso ou uso do bem, a controvérsia reside na delimitação do que é “vantagem comercial”. Para Samory Santos⁷², o termo comercial não está adstrito aos “atos de comércio”, isto é, venda de bens e prestação de serviços. Assim, vantagem comercial alcança uma dimensão ampla de atividades econômicas de caráter privado, por exemplo, a publicidade. Aí surgem questões como: e se a publicidade for usada para uma campanha de vacinação e tiver uma imagem licenciada em CC BY-NC? O fato de a empresa privada ter recebido verba do governo para uma propaganda com finalidade pública, qualifica aquela situação como uso comercial?

Ciente da controvérsia criada pelo alcance da “vedação ao uso comercial”, a Creative Commons encomendou um estudo empírico sobre o entendimento dos termos “uso comercial” e “uso não comercial” entre usuários da Internet quando encontrados em conteúdo disponibilizado *online*. A pesquisa se dividiu em duas etapas: primeiramente, trabalhou com uma amostra dos usuários de internet nos EUA e, posteriormente, ouviu, de modo informal, indivíduos familiarizados, criadores de conteúdo e usuários, com as licenças CC em âmbito global. De forma geral, os resultados apontam que ambos os grupos da pesquisa consideram como uso comercial qualquer uso que gere dinheiro ou envolvem publicidade *online*, apesar de algumas diferenças de interpretações sobre o que se considera uso mais ou menos comercial a depender do caso concreto⁷³.

Por fim, ao analisar as licenças Atribuição- NãoComercial- CompartilhaIgual 4.0 (CC BY- NC- SA); Atribuição- NãoComercial- SemDerivações 4.0 (CC BY- NC- ND), conclui-se que ambas são formadas por características das licenças estudadas nas linhas anteriores. A primeira é a junção da vedação ao uso comercial com a obrigatoriedade de utilizar a mesma licença em caso de produção de obra adaptada. Enquanto a segunda reúne a proibição ao compartilhamento de obras adaptadas e a vedação da reprodução da obra original para fins comerciais.

Tais licenças são as modalidades mais restritivas dentre as analisadas, tendo em vista o cerceamento da livre adaptação da obra, da liberdade de utilizar ou compartilhar com o intuito lucro e da liberdade de escolher a licença da obra adaptada. Por isso, recebem a sinalização amarela no cabeçalho do site da organização Creative Commons, além de críticas pela proximidade com o modelo de Direito Autoral tradicional.⁷⁴

Ao observar os seis documentos de maneira conjunta, é possível verificar que as licenças CC cumprem a proposta inicial de criar um modelo mais equilibrado entre as necessidades particulares e sociais, tendo em vista que as normas de Direitos autorais no decorrer dos anos foram adquirindo feições mais restritivas. Exemplo disso é que todas as modalidades de licenças autorizam a reprodução e o compartilhamento da obra original sem fins comerciais, o que já representa a ampliação da liberdade do usuário.

O caráter voluntário aponta para outra construção, na qual o autor toma para si o poder decisório sobre

71 CREATIVE COMMONS. *Defining “Noncommercial”*: a study of how the online population understands “noncommercial use”. San Francisco: Creative Commons Corporation, 2009. Disponível em: <http://mirrors.creativecommons.org/defining-noncommercial/Defining_Noncommercial_fullreport.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

72 SANTOS, Samory. P. A interpretação das licenças Creative Commons de vedação de uso comercial diante do Movimento Cultura Livre. In: CUSTÓDIO, Maraluce; ASSAFIM, Maria João Marcelo de Lima. (Org.). *Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 589-590

73 Para aprofundar o estudo dos dados apresentados, recomendamos a leitura do estudo completo: http://mirrors.creativecommons.org/defining-noncommercial/Defining_Noncommercial_fullreport.pdf

74 MÖLLER, Erik. The case for free use: Reasons not to use a Creative Commons-NC license. *Open Source Jahrbuch*, p. 271-282, 2006. Disponível em: <http://www.opensourcejahrbuch.de/download/jb2006/chapter_06/osjb2006-06-02-en-moeller.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2016.

o destino da obra. Como visto em linhas anteriores, essa postura é inédita no Direito Autoral Tradicional, construído com base no discurso de proteção ao autor, mas, de fato, esteve voltado à proteção dos investimentos da indústria cultural. Sob as licenças CC 4.0, o autor passa a ocupar um papel central tanto no discurso quanto na prática.

Paralelamente, no modelo Creative Commons, o público, que antes era visto apenas sob o aspecto econômico, isto é, como consumidor das obras produzidas, também passa ocupar o centro do debate, como potenciais disseminadores e produtores de bens culturais, em um processo que André Lemos⁷⁵ chama de “cultura copyleft”, no qual o ciberespaço aparece como espaço de trocas e enriquecimento criativo da coletividade. Assim, o papel das TIC’s é indissociável do processo de reconfiguração do Direito Autoral. Tal constatação não leva a uma postura essencialista, pois compreendemos a tecnologia como parte do social.

A despeito dos avanços no debate, as licenças CC apresentam uma ambivalência⁷⁶, estando dispostas entre a continuidade e a ruptura do modelo vigente. Não simbolizam o fim do Direito Autoral Tradicional, mas a reconfiguração que possibilite a abertura dos institutos em prol de um modelo adequado ao contexto da cibercultura.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreender como ocorre o acesso aos bens imateriais, também, significa investigar a maneira como se construiu o relacionamento entre a sociedade e as tecnologias da informação e da comunicação, antes e depois da era digital. No decorrer do estudo, percebeu-se que não há uma forma fixa de autoria, obra, produção cultural e promoção do acesso, uma vez que todos esses conceitos e práticas representam construções de um certo modelo de sociedade e em um determinado período.

A primeira conclusão é que não se deve cair na armadilha de naturalizar o modelo jurídico de proteção autoral existente, ainda alicerçado na Modernidade europeia e, por isso, foi aqui chamado de Direito Autoral Tradicional. Longe de ser a consequência inevitável de um processo evolutivo, o direito de autor é parte de uma construção histórica e passa por transformações juntamente à sociedade.

Com a popularização das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC’s), o cenário da produção, reprodução e criação cultural se renova. Há a ampliação das possibilidades de apropriação criativa e difusão dos bens imateriais. Concomitantemente, o modelo de Direito Autoral Tradicional mostra sinais de esgotamento, diante do dinamismo das trocas culturais da cibercultura, uma vez que não consegue se adequar às formas de interação humana mediadas pelos computadores.

Sem resumir a discussão à distância entre discurso e prática, observa-se que o modelo tradicional não foi construído para equilibrar interesses do público e dos criadores, tampouco para proteger o autor. A proteção dos interesses financeiros dos investidores esteve presente na gênese do instituto, com os privilégios do editor, e permanece na era digital, por intermédio das pressões da indústria cultural pela adoção de normas mais rígidas contra o compartilhamento de bens imateriais de forma não autorizada.

Na cibercultura são moldadas práticas que tornam as normas do direito de autor tradicional pouco eficazes para promover (ou também conter) o intercâmbio cultural. À espreita dessa aposta, é preciso não ter dúvida de que essas propostas não representam a ruptura com as bases do modelo de Direito Autoral. Pelo

75 LEMOS, André. Cibercultura, cultura e identidade. Em direção a uma “Cultura Copyleft”? *Contemporanea-Revista de Comunicação e Cultura*, v. 2, n. 2, 2009. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/contemporaneaposcom/article/view/3416/2486>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

76 TAVARES, Luis Eduardo. Cultura Livre: projeto de ação política no capitalismo informacional. *Aurora. Revista de Arte, Mídia e Política*, n. 4, 2009. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/aurora/article/view/4580/3173>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

contrário, não há uma negação da noção de “autor”, enquanto sujeito detentor dos direitos patrimoniais e morais sobre a obra. Assim, as práticas divergentes da concepção tradicional de Direitos Autorais estudadas no texto buscam insculpir uma nova feição à proteção autoral e, paralelamente, reafirmam as bases da concepção Moderna.

Para pensar, de forma crítica, os Direitos Autorais na cibercultura, é necessário deslocar o foco do viés patrimonialista e construir uma alternativa que considere formas livres de acesso, que estimulem a apropriação criativa.

Nos casos objeto da análise, observou-se que existem posições semelhantes: a) o autor fornece autorização prévia ao público ou aos usuários para determinados usos, os quais seriam proibidos ou necessitariam de autorização caso a caso; b) partem da premissa de que a ampliação das liberdades de uso estimula a apropriação criativa pelos usuários; c) não negam ao autor o direito de explorar economicamente sua obra; d) buscam aproveitar o potencial das TIC's para estimular esse processo de troca.

As licenças CC representam esse movimento de ressignificação autoral, que não rompe totalmente com o modelo estabelecido, mas amplia o rol de liberdades. Em outras palavras, o Direito Autoral tradicional restringe o compartilhamento, a possibilidade de copiar a obra e, especialmente, a criação de obras adaptadas (leia-se remix no caso da música). As licenças, por outro lado, permitem uma série de usos, sem que signifique o abandono da base do Direito Autoral Tradicional. Soma-se a isso a permanência de restrições escolhidas pelo autor licenciante.

A análise de conteúdo da base legal das licenças reflete essa dualidade do modelo Creative Commons, como é o caso da licença CC BY que é considerada a mais “livre” para o público e impõe o respeito ao direito de paternidade e reconhecimento da autoria da obra licenciada. Percebe-se, então, a aplicação das noções pertinentes à concepção tradicional juntamente com a promoção do acesso aos bens culturais.

Ainda é preciso apontar que alguns modelos de licenças contêm restrições que implicam a descaracterização dos ideais iniciais do projeto, que são a ampliação do acesso e o estímulo à criatividade, por exemplo, as licenças CC BY ND e CC BY NC-ND que proíbem a criação de obras adaptadas e o uso comercial das obras licenciadas. A própria organização Creative Commons, apesar de recomendar a adoção desse tipo de licença, reconhece as limitações no tocante aos objetivos do projeto.

Não obstante o modelo proposto pelas licenças CC tenha limitações, isso não desqualifica a iniciativa de propor a flexibilização do padrão “todos os direitos reservados” para “alguns direitos reservados”. Contrariando o discurso que defende a maximização das restrições dos direitos de autor, as licenças propõem alternativas dentro do modelo de Direito Autoral tradicional, mas incorporando aspectos voltados à promoção do acesso aos bens culturais e, conseqüentemente, uma vida mais digna.

De alguma forma, não se pode deixar de reconhecer que o próprio ato de escrever um trabalho científico não seria possível sem uma rede de colaboração, troca e adaptação de ideias. E, aproveitando o remix, em relação ao futuro dos Direitos Autorais na cibercultura, adaptamos às avessas a canção “velha roupa colorida” de Belchior, para propor que, nesse caso, o passado é uma roupa que ainda nos serve.

Assim, à guisa de conclusão, este trabalho reforça o engajamento nos movimentos de ampliação de acesso a bens imateriais em conformidade com uma cultura de Direitos Humanos, evidenciando o necessário debate sobre propriedade, direitos autorais, bens imateriais, conhecimento e vidas dignas.

REFERÊNCIAS

ALTIERI, Júlio Monteiro; ROCHA, Renan Lúcio. A Prensa, os tipos romanos e itálicos no mundo textual renascentista. *Contemporânea*, v. 9, n. 18, 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.univerciencia.org/in>

dex.php/revistacontemporanea/article/viewFile/8102/7479>. Acesso em: 12 abr. 2016.

ARIENTE, Eduardo Altomare. Políticas de acesso aberto para trabalhos científicos: interesse pública e direitos do autor. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 1, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4328>>. Acesso em: 22 out. 2017.

ASCENSÃO, José Oliveira. As “exceções e limites” ao direito de autor e direitos conexos. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE DIREITO AUTORAL, 2008, Fortaleza. *Anais do Fórum Nacional de Direito Autoral*. Brasília: Ministério da Cultura, 2008. Disponível em: <http://thacker.diraol.eng.br/mirrors/www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2009/02/texto_mesa11_ascensao.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

BARCELOS, Valdo. Antropofagia Cultural e Educação Ambiental: contribuições à formação de professores (as). In: REUNIÃO ANUAL DA ANPED, 28., 2005, Caxambu, MG. *Anais...Caxambu*, MG, 2005.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 1977.

BENKLER, Yochai. A economia política dos *Commons*. In: SILVEIRA, Sérgio Amadeo et al. *Comunicação digital e a construção dos Commons: redes virais espectro aberto e as novas possibilidades de regulação*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007.

BRANCO, Sérgio. *O domínio público no direito autoral brasileiro: uma obra em domínio público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. *O que é Creative Commons? : novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

BRANCO, Sérgio; PARANAGUÁ, Pedro. *Direitos Autorais*. Rio Janeiro: FGV, 2009.

BRASIL. *Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal-2014*. Pesquisa nacional por amostra de domicílios. Rio de Janeiro: IBGE, 2016.

BRIGGS, Asa; BURKE, Peter. *Uma história social da mídia: de Gutenberg à Internet*. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2006.

BURKE, Peter. A propriedade das ideias. *Folha de São Paulo*, +mais!, São Paulo, 24 jun. 2001. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs2406200111.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

CANEDO, Daniele. “Cultura é o que?” - Reflexões sobre o conceito de cultura e a atuação dos poderes públicos. In: ENCONTRO DE ESTUDOS MULTIDISCIPLINARES EM CULTURA (ENECULT), 5., 2009, Salvador. *Anais eletrônicos...* Salvador: Faculdade de Comunicação/UFBA: 2009. Disponível em: <<http://www.cult.ufba.br/enecult2009/19353.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016.

CARBONI, Guilherme. Aspectos gerais da teoria da função social do direito de autor. In: PIMENTA, Eduardo Salles. *Propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Min. Carlos Fernando Mathias de Souza*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009. Disponível em: <https://www.academia.edu/20086246/Aspectos_Gerais_da_Teoria_da_Fun%C3%A7%C3%A3o_Social_do_Direito_de_Autor>. Acesso em: 11 set. 2016.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

CAVALHEIRO, Juciane dos Santos. A concepção de autor em Bakhtin, Barthes e Foucault. *Signum: Estudos da Linguagem*, v. 11, n. 2, 2008. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/wrevojs246/index.php/signum/article/view/3042>>. Acesso em: 21 maio 2016.

CHARTIER, Roger. *A aventura do livro: do leitor ao navegador - conversações com Jean Lebrun*. Tradução de Reginaldo Carmello Corrêa de Moraes. São Paulo: UNESP, 1998.

CITELLI, Adilson et al. *Dicionário de comunicação: escolas, teorias e autores*. São Paulo: Contexto, 2014.

COLETIVO FREE CULTURE. *Manifesto Cultura Livre*. 2009. Disponível em: <<http://www.culturadigital>.

br/caribe/2009/08/09/manifesto-da-cultura-livre/>. Acesso em: 11 nov. 2016.

CREATIVE COMMONS. *Creative Commons Legal Code Attribution 4.0 Internacional*. Disponível em: <<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

CREATIVE COMMONS. *Creative Commons Legal Code Attribution-NoDerivatives 4.0 Internacional*. Disponível em: <<https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/legalcode>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

CREATIVE COMMONS. *Creative Commons Legal Code Attribution-NonCommercial 4.0 Internacional*. Disponível em: <<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

CREATIVE COMMONS. *Creative Commons Legal Code Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 Internacional*. Disponível em: <<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/legalcode>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

CREATIVE COMMONS. *Creative Commons Legal Code Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 Internacional*. Disponível em: <<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

CREATIVE COMMONS. *Creative Commons Legal Code Attribution-ShareAlike 4.0 Internacional*. Disponível em: <<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

CREATIVE COMMONS. *Defining “Noncommercial”*: a study of how the online population understands “noncommercial use”. San Francisco: Creative Commons Corporation, 2009. Disponível em: <http://mirrors.creativecommons.org/defining-noncommercial/Defining_Noncommercial_fullreport.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

CREATIVE COMMONS. *State of the commons 2015*. Disponível em: <<http://://stateof.creativecommons.org/2015/sotc2015.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO (ECAD). *O Ecad*. Rio de Janeiro, [2016?]. Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/pt/quem-somos/oEcad/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

EVANGELISTA, Rafael. O movimento software livre, suas divisões políticas e suas ideias. 34º Encontro Anual da Anpocs, 2010, Anpocs. *Anais do 34º Encontro Anual da Anpocs*, 2010. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/15665882/1465481631/name/rafaelEvangelista.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2016.

FOUCAULT, Michel. *Estética: literatura e pintura, música e cinema*. Coleção Ditos e escritos III, org. e seleção de textos Manoel Barros da Motta. Trad. Inês Autran Dourado Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2006. p. 264-298.

GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2002.

KLANG, Helena. *Antropofagia digital: a questão autoral no tempo do compartilhamento*. 2011. 132f. Dissertação (Mestrado em Comunicação) – Faculdade de Comunicação Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/30878165/Dissert_Helena_Klang_completa.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1486420584&Signature=hKNELHwq1t3vO9jAZnF7B8oVdL4%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3Dantropofagia_digital_a_questao_autoral_n.pdf>. Acesso em: 11 maio 2016.

KLANG, Helena. Políticas culturais na era digital ou a Revolução Caraíba contemporânea. *Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2010. Disponível em: <http://www.contemporanea.uerj.br/pdf/ed_15/contemporanea_n15_07_Klang.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2016.

- LARA, Paula Maria Tecles; POLI, Leonardo Macedo. Uma análise humana e democrática dos direitos morais do autor. In: BARROS, Renata Furtado; LARA, Paula Maria Tecles; POLI, Leonardo Macedo (Org.). *Direitos Humanos: um debate contemporâneo*. Raleigh: Lulu Publishing, 2011.
- LATOUR, Bruno. *Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica*. Rio de Janeiro: 34, 1994.
- LEMOS, André. A crítica da crítica essencialista da cibercultura. *MATRIZES*, v. 9, n. 1, p. 29-51, 2015. Disponível em: <http://www.matrizes.usp.br/index.php/matrizes/article/view/575/pdf_3>. Acesso em: 15 maio 2016.
- LEMOS, André. Cibercultura, cultura e identidade. Em direção a uma “Cultura Copyleft”? *Contemporanea-Revista de Comunicação e Cultura*, v. 2, n. 2, 2009. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/contemporaneapcom/article/view/3416/2486>>. Acesso em: 12 jun. 2016.
- LESSIG, Lawrence. *Cultura livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade*. São Paulo: Trama, 2005.
- LÉVY, Pierre. *O que é virtual?* São Paulo: 34, 1996.
- LIMA, Clóvis Montenegro de; SANTINI, Rose Marie. Copyleft e licenças criativas de uso de informação na sociedade da informação. *Ci. Inf.*, Brasília, v. 37, n. 1, p. 121-128, abr. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19652008000100011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 out. 2016.
- LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro de; SANTINI, Rose Marie. Música e cibercultura. *Revista FAMECOS*, v. 1, n. 40, 2009. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/viewArticle/6317>>. Acesso em: 12 out. 2016.
- MANSO, Eduardo J. Vieira. *O que é direito autoral*. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- MARINHO, Maria Edelvacy Pinto. A proteção positiva do domínio público. *Rev. Bras. Polít. Públicas (Online)*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 32-40, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4710>>. Acesso em: 22 out. 2017.
- MEGGS, Philip B.; PURVIS, Alston W. *História do design gráfico*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.
- MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) –Pontifícia Universidade Católica. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/7613>> Acesso em: 12 jan. 2016.
- MÖLLER, Erik. The case for free use: Reasons not to use a Creative Commons-NC license. *Open Source Jahrbuch*, p. 271-282, 2006. Disponível em: <http://www.opensourcejahrbuch.de/download/jb2006/chapter_06/osjb2006-06-02-en-moeller.pdf 3>. Acesso em: 15 dez. 2016.
- MORIGI, Valdir; SANTIN, Dirce Maria. Reflexões sobre os valores do Movimento Software Livre na criação de novos movimentos informacionais. *Informação & Informação*, v. 12, n. 1, p. 5-18, 2007. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/informacao/article/download/1746>>. Acesso em: 12 jan. 2016.
- NIGRI, Deborah Fisch. *Cadernos de Direito da Internet: direito autoral e a convergência de mídias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. 2.
- PRIMO, Alex. *Interação mediada por computador: comunicação, cibercultura e cognição*. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.
- PRONER, Carol. *Propriedade intelectual: para uma outra ordem jurídica possível*. São Paulo: Cortez, 2007.
- REBOUÇAS, Gabriela Maia. *Tramas entre subjetividades e direito: a constituição do sujeito em Michel Foucault e os sistemas de resolução de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

RIBEIRO, M. C P.; FREITAS, C. O. de A; NEVES, R. C. Direitos autorais e música: tecnologia, direito e regulação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

RÜDIGER, Francisco. *As teorias da cibercultura: perspectivas, questões e autores*. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2013.

SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Samory. P. A interpretação das licenças Creative Commons de vedação de uso comercial diante do Movimento Cultura Livre. In: CUSTÓDIO, Maraluce; ASSAFIM, Maria João Marcelo de Lima. (Org.). *Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

SHWINGEL, Carla. O copyleft o desenvolvimento colaborativo como bases da cultura livre. *Razón y Palabra*, Zaragoza, n. 53, 2006. Disponível em: <<http://www.cem.itesm.mx/dacs/publicaciones/logos/antecedentes/n53/cshwingel.html>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

STATUTE OF ANNE, 1710. *The History of Copyright: A Critical Overview with Source Texts in Five Languages*. Disponível em: <<http://www.copyrighthistory.com/anne.html>>. Acesso em 13 out. 2016.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Um novo mundo para as ideias. *Tuinti: Ciência e Cultura (Online)*, v. 45, p. 135-152, 2012.

TAVARES, Luis Eduardo. Cultura Livre: projeto de ação política no capitalismo informacional. *Aurora. Revista de Arte, Mídia e Política*, n. 4, 2009. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/aurora/article/view/4580/3173>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

TRIDENTE, Alessandra. *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TURKLE, Sherry. Fronteiras do real e do virtual. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n. 11, p. 117-123, 1999. Disponível em: <<http://gilbertoavila.pro.br/wp-content/uploads/bp-attachments/91/3057-10430-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2016.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção internacional do direito de autor e o embate entre os sistemas do copyright e do droit d'auteur. *VIDERE*, v. 3, n. 5, p. 107-128, 2011. Disponível em: <http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/971/pdf_48>. Acesso em: 20 maio 2016.

E. POLÍTICAS PÚBLICAS E NOVAS TECNOLOGIAS

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Salto digital nas políticas públicas: oportunidades e desafios

Frog leap in public policies through digital government: opportunities and challenges

Marcelo D. Varella

Clarice G. Oliveira

Frederico Moesch

Salto digital nas políticas públicas: oportunidades e desafios*

Frog leap in public policies through digital government: opportunities and challenges

Marcelo D. Varella**

Clarice G. Oliveira***

Frederico Moesch****

RESUMO

Nos últimos anos, o governo brasileiro vem investindo na discussão e aprovação de diversas normas para intensificar o uso dos benefícios trazidos pelas tecnologias com o objetivo de otimizar todo o ciclo de políticas públicas. As recentes alterações normativas incluem a nova identificação civil nacional (ICN), a obrigatoriedade da coleta de dados biométricos dos cidadãos, a interoperabilidade entre as bases de dados, a integração dos dados civis (SIRC), a integração dos dados de registro de imóveis (SINTER), a nota fiscal eletrônica de serviços, entre outros. O aproveitamento da tecnologia nas funções de governo associa-se à discussão sobre a proteção de direitos. Dos projetos de lei em andamento, destacam-se os projetos para estabelecer marco regulatório do uso e proteção dos dados pessoais e sobre valor probante de documentos digitais. Apesar dos avanços ocorridos, o Estado brasileiro ainda encontra dificuldades legais e práticas importantes para se simplificar à luz das oportunidades trazidas pelas novas tecnologias. O presente artigo procura analisar essa situação e é organizado em três partes. Na primeira parte, analisa as recentes alterações normativas já realizadas e as propostas em exame no Congresso Nacional sobre a matéria; na segunda, os problemas que ainda precisam ser enfrentados; na terceira, as oportunidades trazidas pelas novas tecnologias para a criação e o aperfeiçoamento de políticas públicas.

Palavras-chaves: Políticas públicas e tecnologia. Cruzamento de dados no governo Federal. Privacidade.

ABSTRACT

In recent years, the Brazilian government has approved of several norms to improve benefits to public policies brought by new technologies. Recent regulatory changes include the new National Civil Identification, mandatory collection of citizens' biometric data, interoperability among databases, integration of personal data, integration of real estate registration data, among others. The use of technology in government functions is associated with the discussion on the protection of rights. Other discussion try to establish a regulatory framework for the use and protection of personal data and on

* Artigo convidado

** Doutor em Direito pela Universidade de Paris, Panthéon-Sorbonne. Livre-docente em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pós-Doutorado em Direito nas Universidades da Califórnia, em Berkeley; George Washington; e Georgetown. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Email: marcelodvarella@gmail.com

*** Doutoranda em Direito no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília-DF, Brasil. Mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB). Trabalha no governo federal desde 2002, quando ingressou na carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. E-mail: clarice.oliveira@gmail.com

**** Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Servidor público do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MP), sendo membro da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental (EPPGG). Na atualidade, desempenha suas atribuições no Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), no Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) da Secretaria Nacional de Justiça (SNJ). Email: ffmoesch@gmail.com

the evidential value of digital documents. Despite the advances made, the Brazilian State still faces legal difficulties and important practices in order to simplify itself in the light of the opportunities brought by new technologies. This article seeks to analyze this situation and is organized in three parts. In the first part, it analyzes recent regulatory changes, as well proposals under examination in National Congress. In the second, problems that still need to be faced. In the third, opportunities brought by new technologies for the creation and improvement of public policies.

Keywords: public policies and technology. Data crossing in the Federal government. Privacy and databases.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o governo brasileiro vem investindo na discussão e aprovação de diversas normas para intensificar o uso dos benefícios trazidos pelas tecnologias com o objetivo de otimizar todo o ciclo de políticas públicas. As recentes alterações normativas incluem a nova identificação civil nacional (ICN), a obrigatoriedade da coleta de dados biométricos dos cidadãos, a interoperabilidade entre as bases de dados, a integração dos dados civis (SIRC), a integração dos dados de registro de imóveis (SINTER), a nota fiscal eletrônica de serviços, entre outros. O aproveitamento da tecnologia nas funções de governo associa-se à discussão sobre a proteção de direitos. Em relação aos projetos de lei em andamento, destacam-se os projetos para estabelecer marco regulatório do uso e proteção dos dados pessoais e sobre valor probante de documentos digitais. Apesar dos avanços ocorridos, o Estado brasileiro ainda encontra dificuldades legais e práticas importantes para se simplificar à luz das oportunidades trazidas pelas novas tecnologias.

Vista de forma mais ampla, a transformação digital tem repercussões na economia e no governo. Este tem suas responsabilidades por permitir ambiente propício à digitalização da economia, notadamente no que se refere a ambiente regulatório e infraestrutura que gere confiança para o uso de ferramentas digitais. Ademais, o próprio governo deve fazer esforços voltados à digitalização, seja pelo exemplo, seja pelos benefícios gerados pelo processo em termos de eficiência da máquina pública (redução de custos operacionais e aumento da participação social, por exemplo) e de prestação de serviços ao cidadão.

O presente artigo foca na influência das ferramentas digitais nas políticas públicas, com vistas a analisar as oportunidades e os desafios que tais instrumentos colocam ao Estado em termos de transparência; participação social¹ na formulação de políticas públicas; e serviços prestados ao cidadão de forma digital.

Não há dúvida de que a tecnologia bem utilizada permite a otimização das ações do Estado e a facilitação da vida dos usuários de serviços públicos². Nessa linha, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014) estabeleceu diretrizes para o Poder Público em sua atuação no desenvolvimento da internet no Brasil, com destaque para a promoção da racionalização e da interoperabilidade tecnológica dos serviços de governo eletrônico; a divulgação de dados e informações públicas; o atendimento ao cidadão de forma integrada, eficiente, simplificada e por múltiplos canais de acesso, inclusive remotos; e a promoção da cultura e da cidadania.

Com base não apenas nas recomendações normativas, mas também no cotidiano da administração pública, consolidou-se nos últimos três anos, em diversos setores do Poder Executivo Federal, a percepção dos gestores públicos sobre os ganhos de efetividade, simplificação e economia de recursos com os processos de

1 Machado e Rivera fazem interessante análise de como a internet amplia os ambientes de debate e permite maior controle e interferência da sociedade na ação governamental, incrementando a democracia participativa. MACHADO, Raquel C. R.; RIVERA, Laura N. H. Democratização na era digital: desafios para um diálogo consciente e igualitário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

2 Neste sentido, veja-se o texto de MACHADO, Raquel C. R.; RIVERA, Laura N. H. Democratização na era digital: desafios para um diálogo consciente e igualitário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

integração de dados sobre cidadãos, empresas e registros públicos. Por exemplo, o custo de atendimento ao cidadão via internet é significativamente mais baixo do que aquele realizado de forma presencial. Conforme estimativas do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, o atendimento presencial tem custo médio de R\$ 43,68; já o atendimento online pode chegar a R\$ 1,20 (97% menor, portanto). Dessa forma, a contínua digitalização do atendimento ao cidadão pode gerar economia de cerca de R\$ 663 bilhões anuais para o governo brasileiro. Para o cidadão, dispensa-se a exigência de deslocamentos, esperas em filas, certidões e autenticações de documentos.

O governo pode e deve procurar nesse contexto vários objetivos: fornecer informações mais confiáveis e acessíveis para viabilizar transparência da Administração Pública e maior efetividade do setor privado; proteger dados pessoais individuais, melhorar a gestão pública³. Esses objetivos são procurados, com maior ou menor sucesso, em vários países do mundo⁴. No caso do Brasil, um país de médio desenvolvimento, as ferramentas tecnológicas podem contribuir para pular etapas já percorridas por outros países ricos na sua trajetória de crescimento.

Diante desse diagnóstico, houve esforços para a integração entre diversas bases de dados do governo federal, gerenciadas por órgãos distintos, cada um com suplemento de informações úteis aos demais, com redução dos conflitos sobre quais seriam as chaves da integração, isto é, qual dado serviria de identificador-chave para a integração e consolidação de informações sobre um determinado cidadão. Tal iniciativa não se restringiu ao Executivo, alcançando, em paralelo, estreita colaboração com o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e com o Tribunal de Contas da União (TCU) para a busca de soluções comuns, que permitissem melhores políticas públicas.

Contudo, o Estado encontra dificuldades em se adaptar para absorver as possibilidades com novas tecnologias. Barreiras tradicionais, como falta de recursos orçamentários e de pessoal capacitado, dificultam avanços. Além disso, visões corporativistas ou oportunistas, às vezes apoiadas em questões jurídicas, dificultam a melhor gestão do Estado.

Adicionando complexidade ao problema, lembra-se que as novas tecnologias digitais representam oportunidades e desafios não apenas de ordem técnica, mas também para o exercício de direitos e garantias fundamentais. Contraditoriamente, essas tecnologias, por um lado, facilitam a implementação de tais direitos, a exemplo do uso da internet para o cidadão manifestar seus pensamentos e opiniões; por outro, colocam-nos em risco, a exemplo do uso de ferramentas digitais para expor, indevidamente, a privacidade e a intimidade de terceiros. Nesse contexto, a intervenção pública deve direcionar tais instrumentos para caminho voltado à proteção de direitos e ao interesse público, regulando o ambiente no qual essas inovações se desenvolvem, seja no mercado, seja no próprio Estado. Dessa forma, é importante estabelecer confiança no ambiente digital, pois a sensação de insegurança prejudica seu desenvolvimento.

A efetivação dos ganhos derivados da emergência do mundo digital para as políticas públicas depende da concretização das reformas legais em curso, da interação entre os diferentes atores envolvidos e da superação das barreiras existentes. Na esteira de países desenvolvidos e em desenvolvimento, dois projetos de lei foram apresentados para regular os dados pessoais. As justificativas apresentadas pelos projetos são a defesa dos direitos individuais e a promoção de investimentos. Do ponto de vista jurídico, a proteção e a privacidade de dados pessoais relaciona-se diretamente com os direitos fundamentais, e o desenvolvimento tecnológico acarreta novos espaços a serem submetidos à regulação jurídica, com grau de indeterminação alto, o que potencializa o risco, realidade para a qual é insuficiente a dogmática tradicional⁵.

Paralelamente, discute-se a viabilidade de garimpagem de dados dentro da Administração Pública Federal, de forma a potencializar o acesso e a gestão da informação para melhoria do Estado. A digitalização de

3 ROBINSON, D. et al. Government data and the invisible hand. *Yale Journal of Law and Technology*, v. 160, n. 11, 2009.

4 CONSEIL D'ETAT. *Le numérique et les droits fondamentaux*. Rapport annuel, 2014.

5 DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 20-21.

processos e documentos também é apresentada como poderosa ferramenta para a melhor gestão.

Neste trabalho, primeiramente, apresentam-se as iniciativas recentes de alterações legais concebidas para viabilizar políticas públicas apoiadas nas novas possibilidades trazidas pelo mundo digital. Em seguida, trata-se de avaliar os projetos de lei em curso que complementam e potencializam as iniciativas já aprovadas. Posteriormente, discutem-se quais os principais obstáculos à efetivação dessas políticas para, finalmente, abordar quais as oportunidades que o mundo digital pode trazer para a gestão pública e simplificação da vida do cidadão no futuro breve.

2. RECENTES ALTERAÇÕES NORMATIVAS

Entre as normas recentes que impactam, de forma mais importante, o salto digital nas políticas públicas nacionais, destacam-se: a) a Lei n° 13.444, de 11 de maio de 2017, que criou a Identificação Civil Nacional (ICN); b) o Decreto n° 8.789, de 29 de junho de 2016, que dispõe sobre o compartilhamento de bases de dados na administração pública federal; c) o Decreto n° 8.777, de 11 de maio de 2016, que institui a política de dados abertos no governo federal; d) o Decreto n° 8.764, de 10 de maio de 2016, que cria o Sistema de Gestão de Informações Territoriais (Sinter); e) o Decreto n° 8.373, de 11 de dezembro de 2014, que institui o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Sociais e Trabalhistas (eSocial); e f) o Decreto n° 8.270, de 26 de junho de 2014, que cria o Sistema Nacional de Registro de Identificação Civil (SIRC). Trata-se de alguns exemplos importantes, pelo potencial impacto que causam, mas outras normas também poderiam ser citadas, seja porque tocam outros temas, seja porque complementam a estrutura de governança ou traçam detalhes técnicos para a efetividade das soluções.

O conjunto normativo viabiliza a sistematização, em bases de dados interoperáveis disponíveis a todos os atores, *a priori*, de informações que antes não estavam em formato digital ou estavam apenas disponíveis em bases de dados setoriais. Torna-se possível identificar o perfil de conjuntos de dados, como do universo de segurados da previdência social, de trabalhadores e empregadores com carteira assinada, das propriedades registradas em cartórios de todo o país e seus titulares ou da sucessão de propriedades ou outras formas de domínio. Os sistemas devem, ainda, permitir realizar cruzamentos entre as informações, dar maior garantia aos mecanismos internos e externos de controle e às ações judiciais envolvendo cobranças fiscais e procedimentos de execução em todo o país. Com os dados abertos, qualquer interessado pode desenvolver aplicativos para cruzar os dados disponíveis, ampliando as oportunidades para transparência do Estado e exercício de direitos.

Para compreender esse universo, é importante trazer algumas considerações sobre cada uma das estruturas criadas, objeto deste artigo.

2.1. Identificação Civil Nacional

Dentro de suas competências para garantir a segurança das eleições, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) criou a obrigatoriedade de identificação biométrica⁶. O sistema de identificação seguiu padrão internacional, com tecnologia *Automated Fingerprint Identification System* (AFIS), que permite o cruzamento dos dados entre as digitais de cada indivíduo com toda a base de dados de todos os eleitores, além da verificação de indivíduos a partir de fragmentos de digitais. Além das digitais, o TSE coleta, também, a leitura da face e a

6 A Resolução n° 23.440, de 19 de março de 2015, “Disciplina os procedimentos para a realização da atualização ordinária do cadastro eleitoral, com a implementação de nova sistemática de identificação do eleitor, mediante incorporação de dados biométricos e por meio de revisões de eleitorado de ofício, em municípios previamente selecionados pelos tribunais regionais eleitorais, e dá outras providências” tornou obrigatória a coleta de dados biométricos, em seguimento de projeto iniciado em 2007 no TSE.

assinatura, em suporte digital, que permite comparações. Esse conjunto de dados é capaz de realizar uma das identificações mais seguras dos indivíduos, evitando a duplicidade de registro eleitoral e, conseqüentemente, minimizando o risco de fraude na votação.

Do ponto de vista da segurança das eleições, portanto, o sistema permite evitar que pessoas possuam dois ou mais títulos de eleitor. Durante os dois primeiros anos de funcionamento, o sistema identificou mais de 10 mil pessoas que constavam em duplicidade no cadastro eleitoral, detecção que só foi possível com a coleta das impressões digitais e consulta à base de dados. Alguns indivíduos tinham mais de 50 títulos eleitorais, com pequenas variações no nome, CPF e nome dos pais, com o claro intuito de praticar fraudes. Na prática, estima-se que o número de fraudes eleitorais seja muito maior, porque é possível que indivíduos com dois ou mais títulos tenham deixado de comparecer ao TSE para realizar o registro biométrico de títulos falsos, o que acarretou no cancelamento automático desses títulos eleitorais.

A base de dados do TSE é mantida em salas cofre, com vários dispositivos de segurança. Em tempo bastante reduzido, quase 50 milhões de eleitores tiveram suas digitais coletadas, com 10 dedos, rolados⁷. A expectativa é colher a biometria de todos os eleitores até 2019 e toda a população brasileira acima de 12 anos até 2022⁸.

O projeto de identificação biométrica dos brasileiros e unificação do registro de identidade já era acalentado pelo governo federal desde a instituição do Registro de Identidade Civil (RIC), criado pela Lei nº 9.454, de 7 de abril de 1997, modificada em 2009. A regulamentação da lei só ocorreu em 2010, com o Decreto nº 7.166, de 5 de maio de 2010, que estabeleceu o Ministério da Justiça como coordenador do projeto, operacionalizado com a participação do Instituto Nacional de Identificação do Departamento de Polícia Federal. Foram criados grupos de trabalho e contratados estudos técnicos, mas a implementação do RIC, por dificuldades do próprio modelo e outras orçamentárias, nunca avançou como desejado. Diante dos avanços conquistados pelo TSE no projeto da identificação biométrica dos eleitores, fazia mais sentido unir esforços. Nesse sentido, o Ministério da Justiça e a Secretaria da Micro e Pequena Empresa da Presidência da República, coordenadora do Programa Bem Mais Simples Brasil, propuseram projeto de lei para a criação do Registro Civil Nacional.

A Lei nº 13.444, de 11 de maio de 2017, que criou a Identificação Civil Nacional, buscou viabilizar a integração das bases de dados do TSE com os demais atores públicos e privados. Não se pretende criar uma nova identificação, mas viabilizar a interoperabilidade da base do TSE com as bases do governo federal, que estará disponível para consulta sobre a identidade de determinada pessoa.

O novo modelo permite um salto de qualidade na identificação unívoca do cidadão. Há o cruzamento diário da base biométrica com a base de dados do Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), o que leva a purificar a base da Receita Federal do Brasil (RFB). Em caso de duplicidade de CPFs de uma mesma pessoa, o TSE informa automaticamente a RFB.⁹ Todas as diversas identificações do cidadão, mesmo estaduais ou de corporações (OAB, CFM, CREAs) devem passar a identificar o CPF, o que possibilitará, por consequência, depurar as demais bases. Com o tempo, os Institutos Estaduais de Identificação e as entidades que emitem documentos de identidade poderão colher dados biométricos em conjunto com o TSE e conferir a integridade das informações prestadas com a base nacional.

2.2. Compartilhamento de bases de dados na administração pública federal

Por meio do Decreto nº 8.789, de 29 de junho de 2016, disciplinou-se o compartilhamento de bases de dados entre órgãos e entidades da administração pública federal. O objetivo foi promover a eficiência e a

7 Dados disponíveis em <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2016/eleicoes-2016>.

8 A coleta das digitais apenas é possível após os 12 anos de idade, quando há estabilização das características físicas dos indivíduos.

9 Entrevista com os técnicos do TSE.

efetividade na gestão de políticas públicas, com redução de gastos, melhor atendimento ao cidadão e aperfeiçoamento dos mecanismos de combate a fraudes. Segundo o texto, simplifica-se a transferência de dados no âmbito do governo, que passa a ocorrer com amparo do Decreto e não mais com base em convênios celebrados pontualmente entre alguns órgãos, como ocorria anteriormente. O acesso a maior quantidade de informações é insumo para o uso de modernos mecanismos para tratamento automatizado de dados (*Big Data*), que refinam e conferem maior efetividade à análise, para as diversas finalidades referidas.

Foram excluídos do compartilhamento os dados protegidos por sigilo fiscal (art. 1º, § 1º) que, por entendimento da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional necessitam de autorização legal específica para serem compartilhados. Não obstante, podem ser compartilhados os dados considerados meramente cadastrais e que, embora integrantes das bases da Receita Federal do Brasil, podem ser disponibilizados para acesso por parte de outros órgãos.

A troca de informações entre as bases de dados, preferencialmente de forma automática, deve ser feita para evitar a apresentação de documentos por parte do cidadão com informações que já estão sob a guarda de algum órgão da Administração Pública Federal (APF), segundo o art. 3º. Da mesma forma, os órgãos que lidam com a concessão, pagamento ou fiscalização de benefícios devem desenvolver ferramentas para comprovação de automática de requisitos de elegibilidade e manutenção, conforme o art. 5º. O Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão fica responsável pela expedição de normas complementares¹⁰.

O Decreto é um marco no relacionamento entre os órgãos da APF, que tendem a atuar de forma fragmentada, com estruturas isoladas cujas responsabilidades são específicas e restritas. Sob a ótica do cidadão, contudo, a administração pública é vista como uma unidade. Para melhor servir o cidadão, é necessário superar a cultura de isolamento e investir na soma de capacidades.

O Marco Civil da Internet já previa, expressamente (art. 24), que a atuação do poder público deve promover a racionalização e a interoperabilidade dos serviços de governo eletrônico, para permitir o intercâmbio de informações e a celeridade de procedimentos; promover a interoperabilidade entre sistemas; prestar serviços públicos de forma integrada, eficiente, simplificada, e por múltiplos canais de acesso.

Um obstáculo inicial para avançar no compartilhamento dos dados foi a interpretação de que a Lei de Acesso à Informação (LAI), Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, implicava vedar todo e qualquer acesso à informação por terceiros, inclusive o compartilhamento de informações entre a APF. Cumpre esclarecer que a LAI foi criada para regular o acesso do cidadão às informações que os órgãos detêm, inclusive os registros administrativos. A lei impede, apenas, que um cidadão peça ao governo informações sobre outro e permite que, caso o cidadão dê consentimento, a informação seja divulgada. Quando se trata de interesse público geral e preponderante, o consentimento não é exigível (art. 31, §3º, inciso V). Dessa forma, as iniciativas de compartilhamento de dados intra-governo com o objetivo de facilitar a vida do cidadão e reduzir procedimentos burocráticos onerosos interessa ao próprio cidadão e estão agasalhadas dentro da noção de interesse público.

O Decreto deve ser saudado no que se refere aos ganhos de eficiência na máquina pública. Com relação à proteção dos direitos dos titulares dos dados compartilhados, o ato normativo poderá ter sua implementação adaptada à vindoura legislação protetiva de dados pessoais, como será detalhado abaixo, quando tratarmos das proposições legislativas sobre a matéria.

Essa função de tornar acessível dados com base em padrões comuns de informações é uma etapa preliminar para a própria Administração conseguir acessar os dados dos próprios órgãos públicos. Nos Estados Unidos, discute-se a possibilidade de formatos flexíveis, que viabilizem o acesso e a complementação de dados pela iniciativa privada a partir de outras fontes, fóruns de governança cívica, instrumentos de análise

¹⁰ Vide Portaria nº 58, de 23 de dezembro de 2016.

e acessibilidade automática para multiplicar os efeitos da disponibilização de informações.¹¹ De certa forma, no Brasil, a multiplicação de *Hackathons* pelos órgãos públicos caminha nessa direção. Um exemplo é o aplicativo “As diferentonas”, desenvolvido no âmbito da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA)¹², que cruza dados de valores pagos por determinados produtos em cidades similares e identifica diferenças que podem ser indícios de superfaturamento. Os usuários podem complementar informações e enviar os dados diretamente aos órgãos de controle. Como ponderam Machado e Rivera¹³, é importante o Estado criar mecanismos para viabilizar a participação social de modo a não apenas dar transparência aos dados produzidos na Administração Pública, mas também fomentar o desenvolvimento do olhar do cidadão. Os referidos aplicativos cumprem essa tarefa.

2.3. Decreto nº 8.777, de 11 de maio de 2016, que institui a política de dados abertos no governo federal

A política de dados abertos implica o acesso livre aos dados disponíveis no governo federal, inicialmente para as bases de dados expressamente citadas. É comum que vários dados públicos não estejam *online* ou mesmo disponíveis a outros órgãos públicos, em bases de dados abertas. O desafio de publicar bases de dados governamentais, com controles de privacidade é comum em vários países.¹⁴ No Brasil a abertura de dados faz parte do Plano de Ação sobre Governo Aberto¹⁵.

No Brasil, atualmente, parte dos órgãos públicos já disponibiliza o acesso a dados sobre as seguintes bases:

- Presidência da República: Texto das publicações do Diário Oficial da União
- Controladoria-Geral da União: Ocupantes de cargos de gerência e direção em empresas estatais e subsidiárias.
- Órgãos e entidades que não utilizam o Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos – Siape: Dados relativos a servidores inativos e aposentados e relativos à empregados e servidores públicos das entidades da administração indireta que órgãos e entidades que não utilizam o Siape
- Ministério da Fazenda: Dados do Sistema Integrado de Administração Financeira – Siafi e Quadro societário das empresas.
- Ministério do Planejamento: Dados relacionados ao Plano Plurianual, incluindo metas físicas; servidores inativos e aposentados; Bens móveis e de patrimônio registrados no Sistema Integrado de Administração de Serviços - Siads; Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - Siasg /Comprasnet; Portal de Convênios/Siconv; Informações cadastrais e relacionadas ao controle da

11 ROBINSON, D. et al. Government data and the invisible hand. *Yale Journal of Law and Technology*, v. 160, n. 11, 2009. p. 167 e ss.

12 A ENCCLA foi criada em 2003 com vistas a coordenar, no Estado brasileiro, a prevenção e a punição às práticas de corrupção e de lavagem de dinheiro. Nesse intuito, construiu ambiente organizado para facilitar a articulação dos diversos órgãos e entidades, públicas e privadas, envolvidos com a temática. É composta atualmente por mais de oitenta membros. A Secretaria Executiva é exercida pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), em seu Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI).

13 MACHADO, Raquel C. R.; RIVERA, Laura N. H. Democratização na era digital: desafios para um diálogo consciente e igualitário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

14 BRITO, J. Hack. Mash & Peer: crowdsourcing government transparency. Mercatus Center. George Mason University. Working Paper. Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1023485>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

15 Decreto de 15 de setembro de 2011, que “institui o Plano de Ação sobre Governo Aberto e dá outras providências”. a ser pautado pelas diretrizes de aumento de disponibilidade de informação sobre atividades governamentais, fomento à participação social nos processos decisórios, estímulo ao uso de novas tecnologias na gestão e prestação de serviços públicos, e incremento dos processos de transparência e acesso a informações públicas. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/dsn/dsn13117.htm

execução de emendas parlamentares; Propriedades e imóveis do Governo federal.

- Sistema Nacional de Informações de Registro Civil – SIRC: Dados sobre nascimentos, casamentos, divórcios e óbitos.

A lista de bases inicialmente prevista era muito mais ampla. Tendo em vista que não foi possível conven- cer todos os órgãos públicos a abrirem suas informações, possibilita-se que outras bases sejam incluídas na política, a partir de demanda do Ministério do Planejamento, o órgão responsável por sua gestão.

O potencial de desenvolvimento de soluções, por meio de aplicativos utilizando as bases acima, é muito importante. Aparentemente, o setor privado ainda não tem utilizado as bases de dados disponíveis como poderia, e o Estado acaba tendo que incentivar o desenvolvimento de soluções por meio de hackathons.

O acesso aos dados deve respeitar a privacidade dos cidadãos. Há uma discussão sobre a coerência entre o acesso dos dados do SIRC, a proteção da individualidade das pessoas e a sustentabilidade financeira dos registradores. A dúvida jurídica que se coloca é se o fato do dado ser disponível em cartório para a consulta pública, por que ele não estaria disponível de forma agregada, via acesso ao SIRC? É uma questão ainda pendente de resolução pelos gestores do SIRC.

2.4. Sistema Nacional de Gestão de Informações Territoriais – Sinter

O Sinter é outra faceta do registro eletrônico a ser realizado pelos serviços de registro públicos (art. 37 a 41 da Lei nº 11.977/2009), voltado para o registro público de imóveis. Criado pelo Decreto nº 8.764, de 10 de maio de 2016, objetiva consolidar em única base de dados, acessível *online*, as principais informações cadastrais, fiscais e georreferenciais de todos os imóveis do país, urbanos ou rurais. A partir das informações registradas nos cartórios, combinadas com informações da Receita Federal do Brasil (RFB), a quem compe- te a administração do sistema, será criado conjunto de informações geoespaciais de cada imóvel registrado no país possibilitando, inclusive, subsidiar o cálculo do Índice de Preços do Imóveis a ser divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). A regulamentação prevê que a RFB receba a íntegra da escritura eletrônica¹⁶. Ressalte-se que o registro do imóvel é, apenas, uma entre outras informações que farão parte do Sinter, que contará, também, com dados coletados por outros órgãos públicos. A ideia é agre- gar as informações dos Municípios (como bases de IPTU), dos Estados, da União (Exército, Incra, Ibama, Instituto Chico Mendes) e dos cartórios de registros de imóveis, entre outras.

A forma de disponibilização das informações constará de Manual Operacional a ser elaborado com a participação de representantes dos registros públicos indicados pelo Conselho Nacional de Justiça (art. 6º do Decreto nº 8.764/2016).

A criação do Sinter objetiva resolver o mesmo problema de fragmentação de informações que acomete a administração pública federal. Somente a União teria mais de 20 bases de dados sobre imóveis rurais que não se comunicariam entre si¹⁷. Com esse modelo fragmentado, a segurança jurídica de todo o sistema pode ser questionada, pois, na prática, constata-se a existência de sobreposição de registros fazendo com que um mesmo imóvel, hoje, possa ter diversos donos. Sem um registro eficiente e confiável, o procedimento de regularização fundiária é comprometido. Outro problema é órgãos públicos ou delegatários aceitarem o regi- stro em terrenos públicos pela falta de instrumentos de conferência da efetiva propriedade, o que deixaria de existir uma vez que o Sinter possa ser consultado pelas serventias de registro.

16 Assim informa João Pedro Lamana Paiva, presidente do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB): “com a gestão de informações orientada pelo Sinter, os registradores imobiliários não mais terão de enviar Declarações de Operações Imobiliárias (DOI) à Receita Federal, pois esse instrumento de controle fiscal será extinto”. Entrevista disponível em <http://www.irib.org.br/noticias/detalhes/registro-de-imoveis-sinter-sera-o-unico-instrumento-de-controle-das-informacoes-repassadas-a-receita-federal>.

17 Declaração do subsecretário de Arrecadação e Atendimento da Receita Federal, Carlos Roberto Occaso em encontro realizado pela Comissão da Desburocratização do Senado Federal em 24 de novembro de 2015.

A implantação do Sinter, portanto, contribuirá para evitar a sobreposição de registros, pois os registradores de imóveis e notários terão acesso à “ferramenta gráfica de visualização dos polígonos limítrofes de imóveis sobrepostos às imagens georreferenciadas” (art. 12 do Decreto nº 8.764/2016), a partir de consulta a informações geoespaciais nos padrões estabelecidos na Infraestrutura Nacional de Dados Espaciais (Inde) e nas normas técnicas da Comissão Nacional de Cartografia (Concar). Em seguida, possibilitará identificar todos os imóveis de propriedade de devedores, o que agilizará a execução de dívidas fiscais e entre particulares. Também contribuirá para o fornecimento de informações para o mercado de crédito relativas às garantias constituídas (art. 13). Por fim, dificulta fraudes, como lavagem de dinheiro, grilagem de terras, porque será possível controlar os bens individuais e a sobreposição com terras públicas.

Da mesma forma que o desenho imaginado para o SIRC, os registradores criaram plataforma para centralizar as informações territoriais, o Sistema de Registro de Imóveis Eletrônicos – SREI e a Central Nacional de Indisponibilidade de Bens – CNIB. O SREI tem como objetivo colher as informações juntamente aos registradores. O CNIB é a fonte na qual os cartórios buscam informações sobre imóveis registrados em outras serventias¹⁸.

A Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017 positivou o SREI em seu art. 76, a ser gerido pelo Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (ONR). A ONR é um órgão privado, gerenciado pelos registradores de imóveis que centraliza as informações de todos os cartórios do Brasil e as transmitirá, de forma gratuita, ao SINTER bem como aos órgãos do Poder Judiciário, Executivo e Ministério Público, aos entes públicos previstos nos regimentos de custas e emolumentos dos Estados e do Distrito Federal, diretamente. Em contrapartida, os registradores ficam empoderados para comercializar o acesso às informações a atores privados, como bancos, por exemplo.

Mais uma vez, trata-se de iniciativa importante para aprimorar a qualidade das informações disponíveis aos órgãos públicos e com potencial simplificador e de redução de fraudes. Nos casos específicos dos imóveis, o registro, que é público, ganha contornos ainda mais relevantes pelas implicações patrimoniais, fiscais e tributárias que encerra. A questão do registro eletrônico realizado nas serventias não se confunde com o Sinter, que possui escopo muito mais amplo. Papel de uniformizador e orientador dos procedimentos das serventias deverá ser realizado pelo CNJ. Porém, SREI e Sinter são interdependentes e o diálogo com os cartórios é essencial para o sucesso da implantação da iniciativa pela RFB.

2.5. eSocial

O eSocial, criado pelo Decreto nº 8.373, de 11 de dezembro de 2014, busca unificar a escrituração fiscal, trabalhista e previdenciária de todos os trabalhadores brasileiros. Há vários órgãos envolvidos na sua implementação, como Ministério da Fazenda, Trabalho, Previdência Social, Caixa Econômica Federal e INSS. Em virtude de alteração nas normas sobre empregadas domésticas, houve uma corrida para a disponibilização do sistema para as pessoas físicas, o que levou a diversos problemas, como falta de testes e necessidade de correção de falhas no início, com o sistema já em operação. Algumas funcionalidades importantes, tais como rescisão de contrato e marcação de férias só foram disponibilizadas meses depois da obrigatoriedade de uso. Atualmente, atende cerca de 1,4 milhão de empregadores domésticos todos os meses.

Em suas versões iniciais, o manual apresentava mais de 2.450 campos cadastrais de registros. Em diálogo com representações empresariais e de associações profissionais atuantes no setor, foi feito trabalho de reavaliação das informações e supressão de campos, bem como de automatização do preenchimento. Com a implementação do eSocial constantemente adiada desde 2014, o governo federal agora prevê o início da obrigatoriedade para todas as empresas em janeiro de 2018. Trata-se de sistema de implantação complexa

18 NASCIMENTO, Itley C. S. Q. *Papel dos cartórios extrajudiciais na simplificação do Estado brasileiro*. Dissertação (Mestrado) Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. p. 104.

que, para o seu bom funcionamento, depende de integração entre sistemas e órgãos. A ideia inicial era criar uma base de dados completamente nova, sem aproveitamento das informações que já estavam registradas nos órgãos participantes, o que poderia gerar novas imprecisões e complicar ainda mais a vida de contribuintes e empregados. Tal visão foi superada mediante grande esforço de saneamento cadastral, batimento e compatibilização de bases de dados.

Uma vez ampliado às empresas, de todos os portes, o sistema pode simplificar as informações a serem prestadas, evitar divergências entre dados, além facilitar bastante a fiscalização de fraudes. Com base na análise inteligente de dados, será possível identificar irregularidades como o não pagamento de tributos e contribuições, de forma automática, em milhares de empresas, simultaneamente. A fiscalização do trabalho já vem ganhando eficiência e automaticidade com o avanço dos sistemas, mas ainda é necessário a presença dos fiscais em cada empresa em muitos casos, o que é problemático tendo em vista a falta de fiscais. Quando do início do sistema, falava-se em potencial de acréscimo da arrecadação em até R\$ 20 bilhões/ano.

2.6. Sistema Nacional de Informações de Registro Civil - SIRC

A criação do Sistema Nacional de Informações de Registro Civil (SIRC) foi precedida pela SISOBI, com base na determinação dada pela Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre a organização da seguridade social, com redação de 1994, que obriga a comunicação mensal, pelo titular do cartório de registro civil de pessoas naturais, dos registros de óbitos ocorridos no mês anterior.¹⁹ Tal comunicação é essencial para que a previdência social administre com eficiência o cancelamento de benefícios e as concessões de novas pensões. A comunicação, também, é obrigatória à Receita Federal e à Secretaria de Segurança Pública, por determinação da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, com alteração dada pela Lei nº 13.114, de 16 de abril de 2015.

Em 2008, o Tribunal de Contas da União realizou auditoria no sistema que resultou no Acórdão 2.812/2009-TCU-Plenário, que recomendava uma série de ajustes para promover a melhoria dos procedimentos de cancelamento e de recuperação de créditos porventura pagos indevidamente. Após o monitoramento da implementação das medidas, novo acórdão foi produzido, de nº 2.367/2013-TCU-Plenário, que, em face da opção de implantação de novo sistema, que viria a ser o SIRC, determinou a implantação do sistema em âmbito nacional bem como a integração com outros sistemas governamentais. Destaca-se que entre o primeiro acórdão e o segundo, foi aprovada a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que em seu Capítulo II dispõe sobre o registro eletrônico a ser realizado pelos serviços de registro públicos (art. 37 a 41).

O SIRC foi efetivamente instituído em junho de 2014 com a publicação do Decreto nº 8.270. Destaca-se que seu principal objetivo é compilar dados do registro público realizado junto aos cartórios. Os dados dos registros civis das pessoas estão disponíveis para consulta presencial, em cartórios de todo o país. Com o procedimento de envio das informações ao SIRC por meio eletrônico, possibilita-se, para além do recebimento das informações sobre óbito necessárias para evitar pagamentos indevidos de benefícios, o tratamento das informações de nascimento e casamento, o que qualifica os dados sobre os cidadãos disponíveis para toda a administração pública federal. Seu principal cliente é, portanto, o Estado Brasileiro, que acompanha a implantação do SIRC por meio de Comitê Gestor. A gestão desses dados apoia o planejamento de políticas públicas e permite modernizar a prestação de serviços públicos.

19 Art. 68 O Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais fica obrigado a comunicar, ao INSS, até o dia 10 de cada mês, o registro dos óbitos ocorridos no mês imediatamente anterior, devendo da relação constar a filiação, a data e o local de nascimento da pessoa falecida. (Redação dada pela Lei nº 8.870, de 1994).

§ 1º No caso de não haver sido registrado nenhum óbito, deverá o Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais comunicar este fato ao INSS no prazo estipulado no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 8.870, de 1994).

§ 2º A falta da comunicação na época própria, bem como o envio de informações inexatas sujeitará o titular da Serventia à multa de dez mil Ufr. (Incluído pela Lei nº 8.870, de 1994).

Hoje, a integração entre o nascimento na maternidade e o registro cartorial permite individualizar a identificação do cidadão e, no futuro, será possível agregar mais informações conforme a ocorrência de fatos da vida. Ao nascer, o bebê recebe uma Declaração de Nascido Vivo (DNV) na própria maternidade (97,4% dos casos, dados de 2010)²⁰, com formulário nacional e número individualizado emitido pelo Ministério da Saúde. Em seguida, os responsáveis fazem o registro civil no cartório de registro civil, em que o número da DNV é incluído na certidão de nascimento, evitando duplicidades. A Lei nº 12.662/2012 também trouxe a uniformização dos campos das certidões civis de nascimento, casamento e óbito, o que facilita o envio e gestão das informações. O SIRC também deve registrar todas as alterações de registro civil, como casamento, filhos, alteração de nome e sexo e óbito. Na prática, irá ampliar, substancialmente, os dados disponíveis ao governo, que apenas tinha informações sobre óbito. Até mesmo os dados estatísticos sobre o crescimento populacional serão qualificados, uma vez que o IBGE integra o Comitê Gestor do SIRC.

Para que o governo federal receba as informações, os órgãos envolvidos na governança do sistema²¹ desenvolveram ferramenta para que os cartórios possam, via internet, informar todos os dados existentes em seus livros de registros - SIRC Web Internet. Os dados devem ser enviados constantemente, de preferência diariamente, conforme são recebidos. No máximo, deve-se informar o registro civil até o dia 10 do mês subsequente ao nascimento. *A priori*, os dados deveriam estar sendo enviados desde o final de 2015 por todas as serventias de registro civil.

Paralelamente, com o Provimento n.º 38 da Corregedoria Nacional de Justiça, de 25 de julho de 2014²², criou-se a Central de Informações de Registro Civil das Pessoas Naturais (CRC), organizada pela Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais (Arpen Brasil) para possibilitar o intercâmbio de informações entre os próprios cartórios e possibilitar o acesso a elas pelos órgãos públicos. Dessa forma, os cartórios se organizaram para prestar essas informações, coletivamente, por meio da criação de serviço nacional que, primeiramente, colhe as informações prestadas e, posteriormente, envia os dados ao governo federal. Os dados recebidos são disponíveis aos órgãos públicos que trabalham, diretamente, com as informações de registro civil, independentemente de autorização específica.

No SIRC, para cada evento (nascimento, casamento, morte etc.), há formulários específicos com dezenas de campos obrigatórios. Na prática, há ônus importante para os registradores que devem reproduzir as informações nos sistemas eletrônicos públicos. A criação da CRC facilitou o trabalho das serventias, que enviam as informações a um único sistema, que se comunica com o SIRC. Contudo, não parece ter havido um esforço de concentração de informações relevantes, mas apenas o conjunto de informações existentes foi transcrito para o meio digital ou, em outras palavras, digitalizando a burocracia constante das certidões.

Atualmente, cerca de 7,2 mil cartórios enviam informações ao SIRC, o que representa mais de 91% dos registradores civis, segundo a Dataprev. Uma parte importante dos dados passa pela Central de Informações de Registro Civil – CRC, criada pelos registradores de São Paulo, que presta serviços à vários outros Estados do país.²³ O CRC não é propriamente uma base de dados, mas um gerenciador de bases de dados, que interliga diversos cartórios ao SIRC e também presta serviços diretamente à população. Cerca de 9% dos registradores ainda não enviaram qualquer informação para o Sirc²⁴.

20 OLIVEIRA, Max Moura de et al. Avaliação do Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos. Brasil, 2006 a 2010. *Epidemiol. Serv. Saúde*, Brasília, v. 24, n. 4, p. 629-640, dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2237-96222015000400629&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 out. 2017. <http://dx.doi.org/10.5123/S1679-49742015000400005>.

21 Ministério da Previdência Social; Ministério de Direitos Humanos; Ministério da Justiça; Ministério da Defesa; Ministério das Relações Exteriores; Ministério da Fazenda; Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário; Ministério da Saúde; Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; Instituto Nacional do Seguro Social - INSS; e Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

22 O provimento original teve seus dispositivos atualizados em 2015 pelo Provimento n.º 46, de 16 de junho de 2015, que o revogou.

23 Acre, Amazonas, Ceará, Espírito Santo, Mato Grosso, Maranhão, Pernambuco, Rondônia, Santa Catarina, São Paulo e Tocantins.

24 Segundo dados da Secretaria de Direitos Humanos apurados até 29 de maio de 2017.

De acordo com Lehmkul, a base legal para o envio dos dados seria o art .109 da Lei de Registros Públicos, que dispõe que: “[...] os oficiais, além das penas disciplinares em que incorrerem, são responsáveis civil e criminalmente pela omissão ou atraso na remessa de comunicações a outros cartórios”. Trata-se de interpretação ampla e frágil. O principal motivo para o envio é a criação de um sistema robusto que permita aos cartórios centralizar informações para atender às diversas solicitações do governo e evitar o desempoderamento com a fragmentação do envio.²⁵

Atualmente, desenvolve-se a integração do SIRC com outras bases de dados públicas, como o Sistema de Mortalidade (SIM) e de Nascidos (SINASC), do Ministério da Saúde, além do IBGE, que contribuirá para avaliação em tempo quase real da população brasileira. O sistema, também, estará disponível para a prestação de informações a todo o governo federal, como o Cadúnico (MDS), o sistema consular do MRE e aos demais membros do SIRC²⁶.

Até maio de 2017, a base de dados do SIRC já continha quase 11 milhões de registros, sendo 5,6 milhões de nascimentos (54,60%), 2,3 milhões de casamentos (23,40%) e 2,2 milhões de óbitos²⁷. Em outras palavras, o sistema avança rapidamente, mas não chega a ter 2,5% da população brasileira, sobretudo os dados registrados antes do início do funcionamento da base.

O desafio atual é a integração das informações do legado dos registros, o que permitiria ampliar a qualificação das bases de dados do governo e facilitar, ainda mais, os serviços prestados ao cidadão.

3. PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS EM EXAME NO CONGRESSO NACIONAL

Entre as iniciativas em análise no Legislativo, que podem contribuir para o aprimoramento de políticas públicas no ambiente digital, merecem destaque: a) os projetos de lei sobre proteção de dados pessoais; e b) o projeto de lei sobre digitalização de documentos.

3.1. Proteção dos Dados Pessoais

No Brasil, observam-se importantes avanços legislativos sobre a proteção de direitos no ambiente digital, com vistas a fomentar a confiança dos usuários. O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 2014) estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da rede mundial de computadores no país. Foi construção colaborativa, com participação *online* dos cidadãos, de modo que a própria internet conferiu mais densidade ao nosso processo democrático. A lei reconhece o acesso à internet como direito essencial ao exercício da cidadania e assegura direitos aos usuários, como a inviolabilidade e o sigilo das comunicações via internet e a não suspensão da conexão como regra. Sobre a provisão de conexão e de aplicações da internet, a lei salvaguarda a neutralidade da rede e privilegia a responsabilização subjetiva, permitindo ampla produção e divulgação de conteúdo pelos usuários, independentemente de aprovação prévia de intermediários. Sobre governo digital, como foi referido, a Lei também estabeleceu diretrizes importantes.

Sobre privacidade e dados pessoais, o Marco Civil da Internet já traz um conjunto importantes de disposições, assegurando aos usuários alguns direitos, em especial a necessidade de consentimento sobre coleta, tratamento e fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, salvo hipóteses previstas em lei; a transparência sobre esse tratamento, que somente poderá ocorrer para finalidades justificáveis e específicas; e a livre disposição do consentimento, salvo os casos de guarda obrigatória legalmente previstos.

25 LEHMKUL, C. S. *O acesso a informação no registro nacional de informações de registro civil (SIRC)*. Dissertação (Mestrado) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

26 DATAPREV, apresentação do SIRC, 2017

27 DATAPREV. Sirc fact sheet, 2017.

O Marco Civil da Internet não esgota o tratamento do assunto, deixando espaço para detalhamento futuro de importantes temas relacionados à rede, tais como proteção de dados pessoais, comércio eletrônico, crimes cibernéticos, direito autoral, governança da rede, cidadania digital, entre outros.

Nesse sentido, algumas proposições legislativas estão em análise no Congresso Nacional sobre proteção de dados pessoais. O PL nº 5.276/2016, de iniciativa do Executivo e resultado de debate público promovido pelo Ministério da Justiça, busca estabelecer normas sobre a proteção de dados pessoais de maneira abrangente e em linha com as melhores práticas internacionais, de modo a estabelecer princípios a serem seguidos no tratamento de informações pessoais, destacando o livre consentimento e o conhecimento do cidadão sobre o uso que é feito desses dados. Há outros dois projetos de lei em análise no Congresso, ambos de iniciativa parlamentar: um na Câmara dos Deputados (PL nº 4.060/2012, proposto pelo Deputado Milton Monti, de São Paulo); um no Senado (PLS nº 330/2013, proposto pelo Senador Antonio Carlos Valadares, de Sergipe). Na Câmara, foi instalada Comissão Especial para apreciar a matéria, aglutinando os dois PLS. No Senado, substitutivo ao PLS 330/2013 proposto pelo Senador Aloysio Nunes, de São Paulo, foi aprovado em duas comissões de mérito e aguarda exame na Comissão de Assuntos Econômicos.

Por ser um tema de direitos individuais, entende-se importante disciplinar o tratamento de dados pessoais de modo abrangente, com normas aplicáveis aos entes de direito público e privado, nos diversos setores da economia. O conteúdo normativo deve permitir a racionalização do uso de informações ao mesmo tempo em que se protege direitos fundamentais do cidadão, notadamente a inviolabilidade da privacidade, intimidade, honra e imagem e a garantia das liberdades de expressão, comunicação e opinião.

As inovações tecnológicas têm permitido coleta e tratamento de quantidade crescente de dados (fenômeno conhecido como Big Data), inclusive aqueles que revelam as preferências e o comportamento das pessoas. A inexistência de marco legal para a matéria não significa que plataformas digitais e de comércio eletrônico, bem como aplicativos, deixem de coletar, usar e transferir dados pessoais, para diversas finalidades (econômicas, políticas, sociais). Ao contrário, cada vez que um cidadão brasileiro abre uma conta de correio eletrônico ou cria um perfil em uma rede social, ele está permitindo o compartilhamento de muitas informações pessoais. Sem uma regra definida no país, estamos sujeitos a liberalidades das empresas: algumas permitem que o usuário do serviço altere suas configurações de privacidade, tornando o compartilhamento mais restrito. Um exemplo comum é o direcionamento de anúncios e propagandas conforme o seu perfil de navegação (páginas acessadas, registro de pesquisas realizadas etc.), o que torna a experiência na internet altamente condicionada e cada vez mais restrita, “escondendo” novos conteúdos que poderiam ser de interesse.

Há autores que defendem o abuso dos fornecedores ao comercializar informações e dados de seus clientes sem autorização.²⁸ Provavelmente, em um futuro breve, não haverá fronteiras entre as bases de dados. A integração possibilitará a busca de informações de forma transversal.²⁹ Contudo, o que se questiona, neste artigo, é não apenas a privacidade dos cidadãos em ter seus dados comercializados, mas da própria Administração Pública em ter os dados dos cidadãos para propor, avaliar ou monitorar políticas públicas. Quais os limites do acesso aos dados? Como impedir que servidores públicos vendam dados sigilosos a empresas privadas? Esse projeto de lei, também, prevê punições e a necessidade de mecanismos de controle de acesso a informações.

São essas situações que as iniciativas legislativas tencionam regular. Atualmente, mais de cem países, desenvolvidos e em desenvolvimento, em diversos continentes, têm legislação específica sobre o assunto. O Brasil deve seguir esse caminho, protegendo direitos dos cidadãos e conferindo segurança jurídica para investimentos na economia da informação.

28 SANTANA, H. V.; VIANA, R. S. O compartilhamento de dados e informações pessoais de consumidores: o abuso dos fornecedores e as propostas apresentadas no PLS 181/2014. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 1, p. 239, ano.

29 GOULART, Guilherme Damasio. Por uma visão renovada dos arquivos de consumo: Databrokers e score de crédito. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 107, set./out. 2016.

3.2. Validade jurídica de documentos digitalizados

Recentemente aprovado no Senado Federal e em análise na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 7.920, de 2017 (Projeto de Lei nº 146, de 2007, no Senado) tem o objetivo de facilitar a substituição de documentos em papel por versões digitais, sem perda da fidelidade com o original e, principalmente, da validade jurídica perante terceiros. Sua transformação em lei permitiria melhor gestão de documentos públicos e privados.

O ordenamento jurídico brasileiro, em geral, ainda não trata, adequadamente, a matéria. Em especial, as normas não conferem valor probatório aos documentos digitalizados semelhante ao valor conferido ao documento original. Observa-se essa equivalência para fins de prova somente nos seguintes casos: (i) documentos microfilmados, por força da Lei nº 5.433, de 8 de maio de 1968; (ii) documentos já originados em formato eletrônico, assinados digitalmente e mantidos eletronicamente, desde que utilizados certificados digitais da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), conforme a Medida Provisória 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.

Há duas situações jurídicas ainda não devidamente abordadas na legislação: (i) a impressão dos documentos eletrônicos assinados digitalmente; e (ii) a digitalização dos documentos físicos, assinados ou não. Quanto à primeira situação, são utilizados alguns estratagemas a fim de conferir validade ao documento, a exemplo da lavratura de ata notarial; porém, depende-se da presença de um Tabelião durante o procedimento, o que onera e dificulta o processo. No que se refere à segunda situação, veda-se, na Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, a possibilidade de descarte do original, o que retira da digitalização sua principal utilidade: facilitar e desonerar a vida do cidadão. O documento originalmente produzido em papel perde a sua validade ao ser convertido para o meio eletrônico, fotografado ou escaneado. As organizações públicas e privadas e os cidadãos têm produzido documentos digitais progressivamente, de modo a se depender deles, cada vez mais, o material será usado como fonte de prova e de informação, inclusive para garantia de direitos.

A proposição legislativa em apreço aborda essas situações jurídicas ainda descobertas, tencionando refletir o avanço tecnológico no armazenamento de documentos em meio digital. O atual contexto é de insegurança jurídica: segundo a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil), em seu artigo 422, qualquer reprodução mecânica, de qualquer espécie, “tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida”. Ou seja, enquanto não se conferir ao documento digitalizado valor probatório similar ao do documento original, as digitalizações terão pouca serventia como prova, obrigando a manutenção de arquivo do documento original, normalmente físico, por seu titular, durante anos, décadas.

Com vistas a fazer frente ao problema, o Projeto de Lei traz os seguintes avanços para a gestão de documentos públicos e privados: (i) confere ao documento digitalizado, produzido com base no processo de digitalização disposto na forma do regulamento, o mesmo valor legal do documento original para todos os fins de direito, ressalvados os documentos destinados à guarda permanente, conforme a política nacional de arquivos, delineada na Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; (ii) permite a eliminação dos documentos originais, na forma do regulamento; (iii) estabelece que, havendo dúvidas sobre a fidedignidade do documento digitalizado, o órgão ou entidade terá o ônus de provar a adequação do processo de digitalização; (iv) dispõe que o documento digitalizado deverá ser armazenado em meio eletrônico, óptico ou equivalente que garanta confiabilidade, preservação em longo prazo, recuperação e acesso, com indexação que possibilite sua precisa localização, permitindo a posterior conferência da regularidade do processo de digitalização, para conferir segurança e eficiência à gestão documental; (v) fixa que o formato de arquivo do documento digitalizado deverá ser interoperável, salvo disposição em contrário no regulamento, independentemente de plataforma tecnológica, e permitir a inserção de metadados.

Na administração pública, a organização dos arquivos e o gerenciamento das informações neles contidas

são instrumento de eficácia gerencial, contribuindo para o melhor atendimento às demandas da sociedade. Para as empresas e para o cidadão comum, a digitalização confere um meio seguro de diminuir seus custos com a validação jurídica dos documentos, contribuindo para a diminuição do denominado “custo Brasil”. A título de exemplo, são digitalizados, diariamente, milhões de cheque, guias e prontuários médicos, contratos de toda espécie, documentos administrativos, processos judiciais, dentre outros. Os números sobre compensação de cheques chamam atenção: mesmo com o declínio da utilização desse meio de pagamento, em janeiro de 2016 foram compensadas, em média, mais de 2,5 milhões de operações por dia — em termos de valores, a média diária chegou a quase R\$ 4 bilhões, segundo o Banco Central. O cheque contava com disciplina específica atrelada à microfilmagem, já superada pela adoção do processo de digitalização como válido³⁰.

O avanço buscado pela administração pública na prestação de serviços digitais é incompatível com o marco legal vigente que nega valor aos documentos digitalizados. O Estado brasileiro vive em uma encruzilhada: ou permite que os cidadãos façam requerimentos por meio eletrônico e aceita documentos digitalizados enviados pelo requerente, ou não conseguirá avançar na prestação de serviços digitais, a menos que integre todos os sistemas e faça a conferência automática de informações, o que constitui grande desafio.

4. DIFICULDADES PARA EFETIVAR O SALTO TECNOLÓGICO EM DIVERSOS SETORES NO ESTADO BRASILEIRO

A regulamentação de sistemas e criação de possibilidades de qualificação de informações via Decreto é apenas o início de muitos procedimentos operacionais para a efetivação das medidas intentadas. Para a implementação dos sistemas referidos no item 1, houve desafios técnicos, jurídicos e políticos. Entre os desafios técnicos, estava o saneamento das informações e alinhamento entre as diferentes bases de dados já existentes. Entre os jurídicos, a possibilidade de envio de informações, entre órgãos públicos, consideradas sigilosas. Entre os políticos, a visão dos cartórios de que o compartilhamento de informações de registro público significaria perda de receitas.

4.1. Desafios técnicos

O primeiro grande desafio de qualquer integração de bases de dados e compartilhamento de informações é o batimento dos dados. Ou seja, fazer com que as informações a,b e c, atreladas ao elemento M, constantes da base D, conversem com as informações b e f do mesmo elemento M constantes da base G. O problema surge quando b é diferente entre as duas bases, gerando inconsistência entre informações. No caso do eSocial, passo preliminar e que foi sendo adiado foi a sincronização das bases do CNIS, do FGTS e do CPF. Era fundamental que, para garantir que os recolhimentos previdenciários e as informações trabalhistas de Havia, inicialmente, grande volume de inconsistências entre as bases de dados, apenas levando-se em consideração campos de preenchimento principais: nome, nome da mãe e data de nascimento, o que levou os desenvolvedores a disponibilizar o aplicativo qualificação cadastral. A ideia era que os próprios empregadores corrigissem as informações dos funcionários, o que não era muito eficiente considerando que as informações armazenadas pelos órgãos governamentais eram conflitantes. Os detentores das bases, Caixa, Fazenda e Previdência Social, em uma constante disputa por espaço, recursos e micropoder, não cediam os dados necessários, ou, quando o cediam, não destinavam os recursos necessários para o saneamento entre as bases. Ao todo, quase dois anos foram gastos para sanear as inconsistências.

Em seguida, houve intenso debate sobre as informações a serem prestadas pelos empregadores dentro do eSocial. A tendência natural dos órgãos públicos é não despende esforço adicional na avaliação da neces-

30 Resolução nº 4.474, de 31 de março de 2016, Banco Central do Brasil.

sidade de cada campo exigido em formulários existentes no papel. Em geral, há uma lei que atribui competências sobre determinado tema a um Ministério. Em seguida, um Decreto remete ao órgão a competência por exigir informações. Depois, o Ministro edita uma Portaria atribuindo a competência ao formulário elaborado em um departamento. Por fim, um servidor elabora um formulário com dezenas de informações, muitas pouco úteis que exigirão horas de preenchimento dos usuários finais. Quando da digitalização dos processos, não há esforço em repensar a necessidade das informações exigidas nos formulários. Nesse sentido, os primeiros *layouts* do eSocial tinham quase 1.300 campos de preenchimento, com centenas de ambiguidades. Além disso, o governo exige informações que ele mesmo já possui, porque é mais fácil perguntar de novo do que empreender esforços para integrar bases de dados e fornecer os formulários semipreenchidos ou completamente preenchidos, apenas para validação da empresa ou cidadão.

Os problemas de implantação do eSocial não são um caso isolado. Ao contrário, é a situação mais comum na administração pública. A proporção que tem é enorme dada a proposta de escrituração digital de todas as obrigações fiscais, trabalhistas e previdenciárias, o que engloba todos os empregadores e empregados do país: mais de 17 milhões de empresas, das quais cerca de 10 milhões são microempresas individuais, que empregam, juntas, mais de 48 milhões de pessoas³¹.

Uma questão fundamental a ser superada para o avanço das iniciativas de digitalização da prestação de serviços públicos é a concentração do desenvolvimento de sistemas a cargo da RFB, e outros ministérios, no SERPRO (Sinter, eSocial, integração com a base biométrica do TSE), o que sobrecarrega o órgão. Quase todos esses sistemas do governo federal são desenvolvidos pelo SERPRO, à exceção dos sistemas do INSS e do Ministério do Trabalho, desenvolvidos pela Dataprev.

Contudo, ainda que os cartórios ou o TSE não possam, por lei, cobrar valores para ceder seus dados aos órgãos do Poder Executivo, no caso do SIRC e do SINTER, — inclusive ao SERPRO —, este cobra para repassar os dados que detém aos demais órgãos, a chamada consulta à bases de dados, o que onera a própria administração pública federal e inviabiliza várias iniciativas.

Ciente desse cenário, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão desenvolveu a ferramenta GovData, plataforma que disponibiliza solução de análise de dados provenientes de diversas bases do governo, facilitando o cruzamento de informações e auxiliando na formulação e monitoramento de políticas públicas³². As principais bases estão disponíveis: servidores, CPF, CNPJ, CNIS, Cadunico, RAIS, SISOB, Renavam, o que significa potencial de grande avanço no potencial de tratamento dos dados.

No que se refere à digitalização de documentos, a iniciativa legislativa, ao tratar da equiparação de efeitos jurídicos do documento digitalizado ao documento original, um ponto crucial, como vimos, faz remissão a regulamento posterior. Essa técnica legislativa é necessária e justificada por se tratar de assunto eminentemente técnico, que envolve aspectos tanto da área de tecnologia da informação quanto da gestão arquivística. Dessa forma, as regras de segurança deverão ser frequentemente atualizadas, pelos órgãos competentes, à medida dos avanços tecnológicos. Como a guarda de documentos digitais é ameaçada pela obsolescência tecnológica, a presunção da sua autenticidade deve se apoiar na evidência de que eles foram mantidos com uso de tecnologias e procedimentos administrativos que garantiram sua autenticidade e integridade. A definição dessas regras em lei dificultaria a atualização, que é mais facilmente realizada por regulamentos. Ressalta-se que o Conselho Nacional de Arquivos (Conarq) publicou, em 19 de dezembro de 2012, a Resolução nº 37, que aprova as diretrizes para a presunção de autenticidade de documentos arquivísticos digitais. Em linhas gerais, a presunção baseia-se na confirmação da existência de uma cadeia de custódia ininterrupta, da produção do documento até sua transferência para os responsáveis por sua preservação no longo prazo.

O processo de digitalização deverá assegurar a fidedignidade, a confiabilidade, a integridade, a autentici-

31 Dados de empresas disponíveis em: https://empresometrompe.ibpt.org.br/Estatisticas_e_de_trabalhadores_na_RAIS_2015
<http://pdet.mte.gov.br/rais?view=default>.

32 Vide <http://govdata.gov.br/>

dade e, se necessário, a confidencialidade do documento digitalizado, com o emprego de certificado digital emitido pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) ou outro meio previsto para comprovar a autoria e a integridade dos documentos. A certificação digital funciona como um passaporte digital que vincula a assinatura digital a uma chave pública: permite identificar o autor de uma dada atividade eletrônica ao estabelecer uma relação única, mediante a transferência de uma chave criptográfica a um indivíduo ou empresa, reconhecida por uma entidade certificadora³³. A biometria é, por exemplo, outro meio considerado até mais seguro que o certificado digital para a garantia da identidade do autor, além de possuir, atualmente, custos mais baixos de implementação.

4.2. Desafios jurídicos

O conjunto de normas aprovadas permite a integração de bases de dados dos cidadãos de forma segura, inequívoca e, muitas vezes, gratuita. O arcabouço jurídico necessário está implementado em grande medida.

Contudo, antes da promulgação do Decreto nº 8.789/2016, pairava a dúvida sobre a possibilidade jurídica de disponibilização de informações entre os órgãos públicos, sobretudo no tocante à privacidade dos dados, dado a inexistência de legislação específica sobre dados pessoais. A Receita Federal defendia que as informações cadastrais, ou seja, que não se referem à renda do cidadão, não são objeto de sigilo, como o número do seu CPF, endereço, nome dos pais, enfim, dados gerais de conhecimento do órgão. A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, inicialmente, defendia, nas reuniões realizadas, que todos os dados dos cidadãos, mesmo meramente cadastrais, eram objeto de sigilo fiscal, posto que estavam sob a guarda da RFB. Posteriormente, chegou-se a um acordo para separação em dados cobertos por sigilo e os demais, que poderiam ser compartilhados sob condições específicas de segurança.

A questão dos dados pessoais é um tema complexo, de regulamentação ainda insuficiente no Brasil. O Marco Civil da Internet, conforme mencionado anteriormente, não esgota o assunto, o que tornou necessária a elaboração de projeto de lei específico. Uma vez aprovado o marco legal sobre a proteção de dados pessoais, o poder público está sujeito ao novo normativo, como já explicitado na proposta. Cumpre refletir sobre os desafios daí decorrentes.

Inicialmente, entende-se por dados pessoais aqueles que se referem a pessoas identificadas ou identificáveis, sendo objeto da tutela legal os dados que refletem a personalidade de alguém. Portanto, não são abarcados os dados anônimos, nem os dados anonimizados, salvo os dados passíveis de desanonimização, assim compreendidos aqueles dados inicialmente anonimizados que, mediante a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de sua coleta ou tratamento, possam permitir a reidentificação do titular³⁴. Devem ser especialmente protegidos os chamados dados sensíveis, assim compreendidos aqueles que podem ter maior potencial lesivo a seus titulares se forem indevidamente divulgados, a exemplo dos que revelam a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a condição de saúde ou a vida sexual.

Considerando os ordenamentos jurídicos brasileiro e estrangeiros e as discussões em curso no Congresso Nacional, a vindoura lei deve trazer, pelo menos, os seguintes princípios com relação à coleta e ao tratamento de dados pessoais: a) transparência, devendo o titular receber informações claras e precisas sobre o tratamento de seus dados; b) consentimento, devendo o titular consentir sobre a coleta, tratamento e fornecimento a terceiros de seus dados, salvo exceções; c) finalidade, devendo o tratamento ser realizado para finalidades específicas e com elas compatíveis; d) proporcionalidade, devendo o tratamento ser feito na medida da necessidade, conforme a finalidade declarada; e) exatidão, devendo os dados coletados serem

33 BRAGA, Lamartine Vieira. Fostering e-government in Brazil: a case study of digital certification adoption. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

34 BIONI, Bruno Ricardo. *Xeque-mate*: o tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. USP- Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação. Relatório de Pesquisa, 2016. p. 32-39.

precisos, verdadeiros, atualizados e, se for o caso, retificados ou descartados; f) segurança, devendo o responsável pelo tratamento tomar medidas adequadas em prol da confidencialidade e manutenção dos dados; g) temporalidade, devendo os dados serem mantidos por prazo determinado, conforme as finalidades do tratamento, salvo as informações que sirvam para fins históricos, estatísticos ou científicos. situações em que devem ser anonimizados.

Ao se enquadrar nas regras protetivas de dados pessoais, observando direitos fundamentais, o poder público deve dar ampla publicidade a suas políticas de privacidade em relação ao tratamento de dados dos cidadãos. As informações devem ser claras, precisas e atualizadas em canal de fácil acesso, observando princípio da transparência. Ao trabalhar com tais dados, a administração pública deve perseguir o interesse público, evidentemente, conforme as atribuições de cada órgão ou entidade. Segundo essa lógica, não seria possível a transferência de dados pessoais sob custódia de órgão público a entidades privadas, salvo possíveis hipóteses legais, como poderia ser o caso, a nosso ver, de execução descentralizada de atividade pública.

Quando se trata do compartilhamento de dados entre órgãos e entidades públicas, matéria regulada em nível infralegal pelo Decreto nº 8.789, de 2016, a questão envolve situações distintas. Sendo dados anônimos ou anonimizados, notadamente aqueles utilizados para fins estatísticos, não haveria problemas — tanto é que muitos órgãos já adotam política de dados abertos. Sendo dados de pessoas identificadas ou identificáveis, o compartilhamento deve atender à finalidade para o qual o dado foi coletado, tendo como critério o interesse público, mantida a garantia de sigilo que obriga a todos os servidores públicos. No caso de tratamento puramente automatizado de dados, deve-se dar oportunidade de o titular questionar o resultado e, se esse tratamento implicar perda de direitos do cidadão em sua relação com o poder público, como o não enquadramento em critérios de acesso a políticas públicas, deve-se dar oportunidade de contestação.

Para definir no caso concreto a existência de interesse público que legitime o compartilhamento de dados pessoais, pode ser desenvolvido, no âmbito da relação entre administração pública e cidadão, o conceito de legítimo interesse, similarmente ao que ocorre, para situações diversas, na legislação europeia³⁵, considerada uma das mais protetivas a privacidade. Com base no conceito de legítimo interesse, poderia haver tratamento de dados pessoais sem consentimento específico do titular, desde que, ao se ponderarem os interesses legítimos do responsável pelo tratamento dos dados (no caso, a autoridade na persecução do interesse público) e os interesses e direitos fundamentais do titular dos dados, prevaleçam aqueles. O legítimo interesse pode ser definido como o interesse lícito, claramente identificado e concreto do responsável ou de terceiros, a ser ponderado com os interesses, direitos e garantias fundamentais do titular. Por se tratar de cláusula geral³⁶, permite certa flexibilidade para efetuar o tratamento de dados quando o caso concreto indicar não haver impactos indevidos sobre o indivíduo por conta desse tratamento. Privilegia-se, dessa forma, a finalidade para a qual o dado foi inicialmente coletado pela administração pública. Recai sobre o responsável o ônus de demonstrar o uso adequado da hipótese do legítimo interesse, sob pena de punições pelos órgãos responsáveis pela regulação e fiscalização da proteção de dados pessoais. Exemplo de situação em que a administração pública poderia justificar o tratamento de dados pessoais com base no legítimo interesse é a prevenção e o combate a fraudes para o recebimento de benefícios de programas governamentais.

Quando for a justificativa para o tratamento de dados pessoais, somente os dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida poderão ser tratados, devendo ser anonimizados sempre que compatível com a finalidade do tratamento. Ademais, para evitar o uso indiscriminado da hipótese, é importante

35 O legítimo interesse é abordado no regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, que pugna pela possibilidade de que outros institutos ou circunstâncias específicas legitimem a coleta e análise de dados pessoais sem, necessariamente, existir consentimento específico do titular. A Diretiva 95/46/EC, que anteriormente regulava a matéria, também reconhecia o problema.

36 Diante dos desafios impostos pelas novas tecnologias, cujas consequências para a sociedade não podem ser inteiramente previstas, as cláusulas abertas mostram-se bastante úteis como técnica legislativa. Ver: TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: TEMAS de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo III. p. 17.

estabelecer freios e contrapesos, a exemplo de mecanismos de transparência e de oposição pelos usuários de serviços públicos³⁷. A questão tem sua complexidade, merecendo atenção nas discussões em curso no Congresso Nacional. O conceito já aparece nas proposições legislativas em exame³⁸.

Sobre essa questão, posteriormente ao Decreto n.º 8.987, de 2016, foi publicado o Decreto n.º 9.094, de 17 de julho de 2017, que dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos. Esse ato aduz, em seu art. 3.º, que, na hipótese de documentos armazenados pelo poder público conterem informações sigilosas sobre os usuários dos serviços públicos, o fornecimento pelo órgão responsável pela base de dados oficial a outro órgão público fica condicionado à autorização expressa do usuário, exceto nas situações previstas em lei. Em outras palavras, (i) não sendo sigilosa, a informação poderá ser repassada a outro órgão público; (ii) lei poderá excepcionar a necessidade de consentimento, mesmo em caso de dados sigilosos.

4.3. Desafios políticos

No âmbito da implantação do Sirc, muitos registradores entendem as iniciativas do governo como uma forma de disponibilizar as informações de registro público de forma gratuita a terceiros. Além da criação dos sistemas, preocupam-se com os Decretos n.º 8.777/2016, sobre dados abertos e 8.789/2016, sobre interoperabilidade entre bases de dados. Nesse raciocínio, se todos os dados estiverem disponíveis, a todos os órgãos públicos e à sociedade, os dados dos cartórios automaticamente estariam disponíveis a todos os cidadãos. Além dos problemas de privacidade, há a possibilidade da perda de receitas dos cartórios com a venda de informações em casos específicos³⁹.

Uma vez que o governo detenha uma base de dados robusta e confiável com informações sobre a maior parte da população brasileira e combine isso à facilitação da prestação de serviços por meio digital, com consulta e conferência automática de dados, reduz-se o volume necessário de apresentação de certidões e documentos autenticados. Todos os serviços cartoriais são cobrados, inclusive os serviços de geração de segunda via solicitados de forma eletrônica. Diferentes centrais fazem tal serviço, com preços que podem chegar a R\$ 289,00 pela segunda via da certidão de nascimento⁴⁰, o que compreende o preço da segunda via mais o preço da transação eletrônica (valor em 2017). Logicamente, os registradores não têm interesse que o governo federal ofereça as informações de forma gratuita.

No tocante ao Sirc, os registradores ainda não iniciaram o envio os dados do legado, isto é, os registros realizados antes do início da implantação do sistema. O principal receio é que a União tenha autonomia de informações e elimine as situações em que os cidadãos requerem segunda vias de documentos, uma das principais fontes de rendas dos cartórios. Há a demanda que o governo federal crie forma de remuneração alternativa para a sobrevivência dos cartórios, sobretudo dos registradores responsáveis por municípios menores, que não são autossuficientes.

Entre os representantes do governo, há uma clara divisão. Alguns acreditam que os registradores responsáveis por regiões mais rentáveis devem ampliar o subsídio cruzado, porque as remunerações reais são muito elevadas. Outros defendem que, se os registradores não são capazes de sobreviver em regiões pouco

37 BIONI, Bruno Ricardo, ob. cit. p. 50-53.

38 No Projeto de Lei n.º 5.276, de 2016, de iniciativa do Poder Executivo e considerado o mais protetivo à privacidade, o art. 7.º elenca entre as hipóteses de tratamento de dados pessoais, em seu inciso IX, o atendimento aos “interesses legítimos do responsável ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for menor de idade.”

39 NASCIMENTO, Irley C. S. Q. *Papel dos cartórios extrajudiciais na simplificação do Estado brasileiro*. Dissertação (Mestrado) Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

40 O preço citado é o preço para solicitação de segunda via de certidão de nascimento de cartório na Bahia (vide cartórios.com.br e cartorio24horas.com.br). O CRC, também, presta esse serviço, que custa de R\$ 3,50 a R\$7,50, que será somado aos preços já praticados pelos cartórios para cada certidão. O valor da postagem pelos Correios também é calculado à parte.

rentáveis, eles devem passar aos órgãos públicos a competência pelo registro. Por fim, há aqueles que defendem que o governo crie rubrica para transferência direta de recursos para o pagamento de honorários aos registradores com menor renda.

No Poder Judiciário, houve iniciativas paralelas a cada iniciativa do Executivo. O Conselho Nacional de Justiça estimulou a criação da CRC, da Central Nacional de Indisponibilidade de Bens (CNIB), mas também da Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC), aprovada pelo CNJ por meio do Provimento nº 18, de 2015. A CENSEC tem como objetivo a criação de uma central nacional de gerenciamento de informações registrais para pesquisa. A reação dos serventuários tem sido, em cada caso, criar um espelho da iniciativa do Poder Executivo, para centralizar suas próprias informações. Como são mais ágeis, conseguem rapidamente organizar suas informações e prestar novos serviços aos cidadãos, cobrando por isso. As iniciativas do Executivo, via de regra, demoram anos até serem plenamente implementadas. Logicamente, há resistência em fornecer novas informações quando o próprio fornecimento significará perda de receita para os registradores.

De um lado, a dispensa de exigências por parte dos órgãos públicos, a partir da disponibilidade e confiabilidade de informações advinda da interoperabilidade de bases de dados representa potencial perda de recursos. Contudo, pelas discussões com o setor, o principal receio estaria com a consideração que as informações do SIRC ou do SINTER integrariam as bases de dados abertos do Poder Público, disponíveis a qualquer interessado. Nas palavras de Irley Quintanilha:

A preocupação recai na conjugação dos decretos nº 8.764/2016 com o 8.777/2016, que instituiu a *Política de Dados Abertos do Poder Executivo Federal*, o que ameaçaria a proteção de dados de caráter pessoal que informam e consubstanciam os livros de registro, ao se especificar que qualquer cidadão poderá aceder aos dados produzidos, agenciados, combinados ou simplesmente acumulados pelo Poder Executivo federal, desde que, sobre eles, “não recaia vedação expressa de acesso (Decreto nº 8.777/2016).⁴¹

A relação entre Sirc e abertura de dados não é tão direta como pode parecer à primeira vista. Do lado do governo, embora a Política de Dados Abertos preveja a disponibilização em formato aberto da base do Sirc, há duas questões a serem enfrentadas: respeito à privacidade dos dados e viabilização técnica da ferramenta. Qualquer divulgação da base do Sirc deverá considerar a obrigatoriedade de anonimização da informação ou sua organização de forma agregada, visando proteger o sigilo das informações. Além disso, embora exista a previsão em decreto, não há iniciativa em andamento para efetivar tal disponibilização. O receio dos cartórios, portanto, ultrapassa o que é possível fazer na prática. Jamais um cidadão poderá procurar seu nome ou de terceiro em uma base de dados aberta, integralmente *on line*, e dali extrair informações individualizadas.

5. Oportunidades

Com todas essas bases implementadas — ICN, SINTER, SIRC, eSocial —, todos os órgãos públicos, de todos os entes da federação, terão, à sua disposição, dados confiáveis, oriundos de fontes primárias sobre: as informações civis atualizadas de todos os brasileiros, todos os seus bens imóveis (com georeferenciamento), e as relações de trabalho. As possibilidades com esse conjunto de informações para formulação e avaliação de políticas públicas são enormes, bem como para simplificação da prestação de serviços públicos ao cidadão ou a oferta de serviços privados.

A existência das bases possibilita a disponibilização do serviço de autenticação da identidade do cidadão, via internet. Assim, a presença do cidadão em órgãos públicos poderá ser substituída em massa pelo acesso à distância, com economia de tempo e de recursos.

Paralelamente, será possível utilizar mecanismos de mineração de dados, tanto sobre as pessoas quanto sobre os processos administrativos e serviços públicos (*big data*). O desafio, aqui, está em proteger os dados

41 NASCIMENTO, Irley C. S. Q. *Papel dos cartórios extrajudiciais na simplificação do Estado brasileiro*. Dissertação (Mestrado) Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. p. 119.

dos cidadãos, evitando o uso comercial ou discriminatório das informações, pautando sempre a atuação pelo interesse público e o benefício a ser gerado para o próprio cidadão. O conjunto de dados sobre os procedimentos administrativos também viabilizará a revisão mais eficiente de processos. Em vez de despender meses mapeando processos, o uso do Sistema Eletrônico de Informações (SEI) viabiliza o mapeamento de milhões de procedimentos de forma muito mais rápida. Nesse caso, é possível reavaliar fluxos de forma muito mais eficiente, com base nos processos eletrônicos registrados.

O SIRC, por exemplo, poderá servir como fonte de informações para todo o governo federal e demais entes públicos para atualização de informações primárias. O cidadão estará devidamente registrado nas bases de governo desde o seu nascimento. Combinado com a ICN, a partir dos 18 anos de idade ou, mesmo antes disso, sempre que for acessar um serviço público, poderá ter sua biometria coletada. Qualquer alteração no seu estado civil será automaticamente atualizada em todas as bases de dados, o que soluciona problemas decorrentes da falta de atualização de documentos por parte do cidadão, fonte de conflito de informações. Contudo, a concessão de acesso a empresas privadas para a conferência de dados deve ser pensada com cuidado, pois elas não devem ter acesso aos dados civis de todos os cidadãos de forma individualizada.

No setor público, a gestão de arquivos onera todos os órgãos da administração direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, em consulta a dez ministérios, estimou o acervo documental desses órgãos em 604.800 metros lineares, a um custo de manutenção de R\$ 735,00 por metro linear. Cabe ressaltar que a guarda física de documentos não garante a devida conservação do documento original, pois os locais de armazenamento costumam ser precários e de baixa segurança. A adequação desses espaços traria custo adicional de reforma, gasto considerado não prioritário em contexto de restrição fiscal e limitação de despesas.

A digitalização desses acervos, com a possibilidade de descarte dos documentos temporários, estimados em 50% do acervo, pode representar economia de cerca de R\$ 222 milhões ao ano, sem considerar os acervos não mapeados para fins desse cálculo⁴².

Além disso, a informação aos cidadãos poderia ser muito ampliada. Com o uso de *feeds*, seria possível que as pessoas se cadastrassem automaticamente para receber atualizações sobre informações as mais variadas em determinados setores públicos. Com a devida proteção das informações, seria possível ampliar as pesquisas de pesquisa de mercados, reduzindo a mortalidade de empresas, por exemplo ou criando oportunidades.⁴³

Parte dos avanços a serem conquistados daqui para frente quanto à prestação de serviços digitais passa pela superação de conceitos sobre a função estatal que se tornaram obsoletos face à maneira descentralizada e, em alguma medida, anárquica, pela qual a internet se organiza. Há um claro limite nas capacidades estatais quanto ao ritmo de avanços tecnológicos que consegue incorporar. Aplicações inovadoras como o *blockchain* poderiam validar transações e substituir a intermediação estatal em um contrato de venda de veículo, por exemplo, o que traria um novo ator ao sistema:

Ao reduzir a possibilidade de inadimplemento das obrigações contraídas via sistema de *blockchain*, essa tecnologia reduz, ao mesmo tempo, a necessidade da existência prévia de regras estatais para garantia das operações. Quanto maior o grau de eficiência no controle das operações redigidas e executadas por meio da tecnologia, maior o grau de confiança gerado entre os usuários e menor a necessidade da estrutura estatal de resolução de conflitos. O aperfeiçoamento e difusão dessa tecnologia poderá impactar o próprio uso do sistema jurídico no formato que hoje conhecemos.⁴⁴

As políticas públicas têm muito a ganhar com uma nova concepção dos procedimentos que podem embasar as prestações dos serviços necessários.

42 Segundo levantamento do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

43 BRITO, J. Hack. Mash & Peer: crowdsourcing government transparency. Mercatus Center. George Mason University. Working Paper. Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1023485>>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 9-10.

44 MARINHO, Maria Edevalcy Pinto; RIBEIRO, Gustavo. A Reconstrução da Jurisdição pelo Espaço Digital: Redes Sociais, Blockchain e Criptoedas como Propulsores da Mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na formulação de políticas, o compartilhamento de dados entre diferentes órgãos e entidades públicas permite melhor conhecimento da realidade sobre a qual o Estado tenciona agir. O Poder Executivo tem como objetivo ampliar a confiabilidade e interoperatividade das informações prestadas. Ao se lidar com estatísticas, a agregação e anonimização dos dados assegura a privacidade dos cidadãos. A adequada proteção jurídica dos dados pessoais é fundamental por conta das repercussões na atuação estatal. Em se tratando de dados pessoais, a finalidade do seu tratamento deve ser justificada com base no interesse público.

Ao prestar serviços públicos de maneira integrada e acessível, solicitando uma única vez ao usuário suas informações e utilizando-as novamente quando apropriado, o Governo desenvolverá relação de confiança com o cidadão. Este, ao perceber a melhora dos serviços e a proteção de sua privacidade, consentirá mais facilmente em compartilhar seus dados.

Na relação com a sociedade, considerando-se a importância do uso e do tratamento de dados para a economia digital, e que parcela significativa desses dados são armazenados pelo governo, uma política efetiva de dados abertos permite sinergia entre os cidadãos e a administração pública em busca de melhores soluções para os problemas sociais. Para o Estado, tal política pode incentivar transparência e prestação de contas e melhorar a eficiência e a efetividade do gasto público, por meio de cruzamento de dados, identificação de fraudes e de corrupção e refinamento da análise do contexto social sobre o qual o governo tenciona agir. Para o cidadão, pode ensejar melhor acesso e fruição de serviços, públicos ou não, uma vez que a política tem condições de criar valor econômico e fomentar novos modelos de negócios. Para isso, a oferta de dados públicos deve ser aberta, em formato livre e de forma confiável, não expondo indevidamente dados de natureza pessoal dos cidadãos.

O desafio da garantia da privacidade dos dados e da autonomia do consentimento informado e autorizado pelo próprio usuário sobre o uso de suas informações deve sempre permanecer na mente dos gestores públicos, posto que se relaciona com pilares democráticos fundamentais.

Avanços nas prestações digitais e na integração de informações intragoverno são passos iniciais em uma infinidade de possibilidades que se descortinarão com as inovações das tecnologias baseadas na internet. Ao governo, caberá tentar acompanhá-las e implementá-las em prol da facilitação da vida dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

- BIONI, Bruno Ricardo. *Xeque-mate: o tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil*. USP- Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação. Relatório de Pesquisa, 2016.
- BRAGA, Lamartine Vieira. *Fostering e-government in Brazil: a case study of digital certification adoption*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.
- BRITO, J. Hack. *Mash & Peer: crowdsourcing government transparency*. Mercatus Center. George Mason University. Working Paper. Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1023485>>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- CONSEIL D'ETAT. *Le numérique et les droits fondamentaux*. Rapport annuel, 2014.
- DATAPREV. *Apresentação do SIRC*, 2017. Disponível em: <<http://www.sirc.gov.br/>>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- DATAPREV. *Sirc fact sheet*, 2017. Disponível em: <<http://www.sirc.gov.br/>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GOULART, Guilherme Damasio. Por uma visão renovada dos arquivos de consumo: Databrokers e score de crédito. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 107, set./out. 2016
- LEHMKUL, C. S. *O acesso a informação no registro nacional de informações de registro civil (SIRC)*. Dissertação (Mestrado) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.
- MACHADO, Raquel C. R.; RIVERA, Laura N. H. Democratização na era digital: desafios para um diálogo consciente e igualitário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.
- MARINHO, Maria Edevalcy Pinto; RIBEIRO, Gustavo. A Reconstrução da Jurisdição pelo Espaço Digital: Redes Sociais, Blockchain e Criptomoedas como Propulsores da Mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.
- NASCIMENTO, Irley C. S. Q. *Papel dos cartórios extrajudiciais na simplificação do Estado brasileiro*. Dissertação (Mestrado) Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.
- OLIVEIRA, Max Moura de et al. Avaliação do Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos. Brasil, 2006 a 2010. *Epidemiol. Serv. Saúde*, Brasília, v. 24, n. 4, p. 629-640, dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2237-96222015000400629&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 out. 2017. <http://dx.doi.org/10.5123/S1679-49742015000400005>.
- ROBINSON, D. et al. Government data and the invisible hand. *Yale Journal of Law and Technology*, v. 160, n. 11, 2009.
- SANTANA, H. V.; VIANA, R. S. O compartilhamento de dados e informações pessoais de consumidores: o abuso dos fornecedores e as propostas apresentadas no PLS 181/2014. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 1, 2017.
- TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: TEMAS de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo III.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Fostering e-government in
Brazil: a case study of digital
certification adoption**

**Promovendo o governo
eletrônico no Brasil: um estudo
de caso sobre a adoção da
certificação digital**

Lamartine Vieira Braga

Fostering e-government in Brazil: a case study of digital certification adoption*

Promovendo o governo eletrônico no Brasil: um estudo de caso sobre a adoção da certificação digital

Lamartine Vieira Braga**

ABSTRACT

In the rise of the new Information and Communication Technologies (ICT), governments worldwide as well companies go through a transition, trying to adapt themselves to the Knowledge Society demands. Such innovative technologies enable the improvement of relations between society and their governments, and between companies and their partners, providing improvements in quality and efficiency of public and private sectors. At the same time that these interfaces provide unprecedented opportunities, the growth of the digital universe reveals threats regarding the vulnerability of electronic information. The digital certificate may be the answer that governments and businesses need to operate in this new environment of uncertainty. This article aims to present a current overview of the technology involved in digital certification and a list of the most important applications currently available in Brazil. Therefore, it starts with a series of concepts related with the beginning of encryption, explains the specific aspects of certification and digital signature, and discusses the organizational and legal aspects of the Infrastructure for the Brazilian Public Key Infrastructure. Finally, we present the main applications of this technology in Brazil at this moment. The conclusion we reach is that there is great potential for the use of digital certification in the country that can be the basis for the safe development of electronic government and commerce within confidence and tranquillity to their users.

Keywords: Electronic Government. Electronic Commerce. Public Key Infrastructure. Digital Certification. Encryption. Brazil.

RESUMO

Na emergência das novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC), os governos de todo o mundo, bem como as empresas, passam por uma transição, tentando se adaptar às demandas da Sociedade do Conhecimento. Tais tecnologias inovadoras permitem a melhoria das relações entre a sociedade e seus governos e entre empresas e seus parceiros, proporcionando melhorias na qualidade e na eficiência dos setores público e privado. Ao mesmo tempo em que essas interfaces oferecem oportunidades sem precedentes, o crescimento do universo digital revela ameaças relacionadas

* Recebido em 20/10/2017
Aprovado em 12/12/2017

** Doutor em Administração pela Universidade de Brasília/University of Edinburgh Business School. Professor Colaborador da Fundação Getúlio Vargas (FGV Management). Email: lamartine.braga@gmail.com

à vulnerabilidade da informação eletrônica. O certificado digital pode ser a resposta que os governos e as empresas precisam a fim de operar neste novo ambiente de incerteza. Este artigo tem como objetivo apresentar uma visão geral atual da tecnologia envolvida na certificação digital e uma lista das aplicações mais importantes atualmente disponíveis no Brasil. Portanto, ele se inicia com uma série de conceitos relacionados com o prelúdio da criptografia, explica os aspectos específicos da certificação e assinatura digitais e discute os aspectos organizacionais e legais da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira. Por fim, são apresentadas as principais aplicações desta tecnologia no Brasil neste momento. A conclusão a que se chega é que há um grande potencial para o uso da certificação digital no país que pode ser a base para o desenvolvimento seguro do governo e comércio eletrônicos com confiança e tranquilidade para seus usuários.

Palavras-chave: Governo eletrônico. Comércio eletrônico. Infraestrutura de chaves públicas. Certificação digital. Criptografia. Brasil.

1. INTRODUCTION

The emergence of the Knowledge Society is a profound change in the state organization and on business. It is a global phenomenon, a major source for potential transformation of the social and economic activities, whose structures and dynamics inevitably will be, to some extent, affected by the information infrastructure available.

Although the importance of information for organizations is universally accepted, what makes it especially significant today is its digital nature. Approximately 92% of the information generated in the world today is created in digital format. It is estimated that by 2020 there will be over 5,200 gigabytes for every person on the planet, making a total of 40,000 exabytes (or 40 trillion gigabytes). The International Data Corporation – IDC (2012) suggests that the virtual world will double in size every two years until 2020.

This scenario, while it opens up various opportunities, imposes new challenges related to the vulnerability of transmitting sensitive data on a secure way.¹ The three main problems faced by users of the internet are integrity, authentication, and non-repudiation. Cryptography holds the most promise as a solution to these problems and the public key cryptography (PKI) in particular appears to be best suited to fulfill these requirements.²

Developed based on the public-key encryption technique, the PKI creates, stores and manages digital certificates which map public keys to owners. It consists of a certificate authority (CA) that both issues and verifies the digital certificates, a registration authority that verifies the identity of users requesting information from the CA, and a central directory which securely stores keys.³

The purpose of this article is to present an overview of applications of digital certification in Brazil, both in the public sector and in the private sector, as well the technology that covers such processes. Therefore, this paper is organized as follows: besides this introductory section, the second section presents the theory on the symmetric and asymmetric encryption. The third section discusses the procedures evolved in the digital signature. The fourth section explains the concepts of the digital certificates. The fifth section explains the operation of a public key infrastructure, from the organizational, legal and technological perspective. The sixth section shows the main applications of digital certification in Brazil, including those used by public and private organizations. Finally, the seventh section presents the conclusions of the article.

1 BELDAD, A.; JONG, M.; STEEHOUDER, M. 'I trust not therefore it must be risky: Determinants of the perceived risks of disclosing personal data for e-government transactions'. *Computers in Human Behavior*, v. 27, n. 6, p. 2233-2242, 2011.

2 LAIH, C.; JEN, S.; LU, C. 'Long-term confidentiality of PKI'. *Communications of the ACM*, v. 55, n. 1, p. 91-95, 2012.

3 ZHANG, J.; HU, N.; RAJA, M. K. 'Digital certificate management: Optimal pricing and CRL releasing strategies'. *Decision Support Systems*, v. 58, n. 1, p. 74-78, 2014.

2. SYMMETRIC AND ASYMMETRIC ENCRYPTION

Back to ancient times, man tries to hide its secrets to win wars and to defend commercial interests. The earliest record is from a rudimentary encryption from the time of the Pharaoh Amenemhet in Egypt around the year 1900 BC.⁴ As one of the best known examples in history, it reports the roman Julius Caesar use of a very simple technique, that is, a simple replacement of alphabet characters with the intention to confuse someone who eventually intercept the messages.⁵

Today, the need to protect electronic information, ensuring safety of transactions and privacy of the users has taken encryption to evolve and be present in various activities of daily life, from the most mundane to the most complex. With the advent of computers, rather than shuffling and replace letters of the alphabet, as in traditional techniques, we started to work with binary digits. Encryption incorporated intricate Mathematics' algorithms in its processes, taking it to speeding process and to a level of complexity never imagined before.

The act of cipher, encrypt, and encode corresponds to the “data transformation process or information to an unintelligible form using a cryptographic algorithm and a cryptographic key”. The data cannot be recovered without using the reverse process of deciphering “or” the process of data conversation unreadable code to prevent unauthorized persons having access to information. According the Brazilian Infrastructure for Public Key - ICP (2007), “the reverse procedure, i.e., decipher, decode or decrypt is the “process that transforms previously encrypted and unintelligible data back to its readable form”. Thus, it is the distinction between the cipher text (encrypted data) and the clear text, or simple (since it was not encrypted or that was deciphered).

Computed encryption algorithms are often complex mathematical operations or just bit manipulations.⁶ There are two competing factors to consider when choosing an algorithm: speed and resistance to attacks.⁷ What is needed is also a key, that is, a mathematical value (number or set of alphanumeric characters) which is fed with the algorithm to start its operation. Every key has a size expressed in bits.⁸

If an encrypted message suffers interception, it is necessary to determine both the key and the mathematical operations of the algorithm in order to get the clear text. Algorithm operations are mathematically deterministic; can be complex, but they are not random. The keys provide the random factor that algorithms do not possess and lining of difficulty attempts to deduct the original data from the encrypted data.⁹

Additionally, the question of the keys is of importance, because any given data can be decoded by trying to employ all possible keys, which is called brute force attack. In these cases, the time required to break a cipher is directly proportional to key size; higher, stronger security. The 128-bit size is considered safe, taking into account the current processing capacity of computers.¹⁰ Another factor that must be taken into consideration is that the longer the key, the lower the velocity of an algorithm.¹¹ Although various algorithms are widely known in the public domain, the keys must remain confidential.¹²

Symmetric encryption uses the same key, secret, to encode and decode information. By this method it

4 KAHN, D. *The codebreakers: the comprehensive history of secret communication from ancient times to the internet*. New York: Scribner, 1996.

5 SINGH, S. *The code book: the science of secrecy from ancient Egypt to quantum cryptography*. New York: Anchor Books, 1999.

6 BURNETT, S.; PAINE, S. *RSA Security's Official Guide to Cryptography*. Berkeley: Osborne/McGraw-Hill, 2002.

7 ATREYA, M. et al. *Digital Signatures*. Berkeley: McGraw-Hill, 2002.

8 FEGHHI, J.; WILLIAMS, P. *Digital certificates: applied internet security*. New Jersey: Addison Wesley, 1999.

9 ATREYA, M. et al. *Digital Signatures*. Berkeley: McGraw-Hill, 2002.

10 CHOUDHURY, S., BHATNAGAR, K., and HAQUE, W. (2002) *Public key infrastructure: implementation and design*. New York: M&T Books, 2002.

11 BURNETT, S. and PAINE, S. (2002) *RSA Security's Official Guide to Cryptography*. Berkeley: Osborne/McGraw-Hill, 2002.

12 ADAMS, C.; LLOYD, S. *Understanding PKI: concepts, standards, and deployment considerations*. 2nd. New Jersey: Addison Wesley, 2003.

is possible to confidentiality, authenticity and data integrity.¹³ This key must be kept secret to ensure confidentiality of information. Several algorithms have been developed based on the concept of symmetric key cryptography.

A conceptualization of some of the requirements relating to information security¹⁴ are: (i) Confidentiality, that is, the ability to access data only by authorized persons, even in shared environments; (ii) Integrity is the guarantee of accurately and completely information, from source to destination without any modifications; (iii) Authenticity is the ability to verify the identity of a user, confirming that the information is in fact originating from the alleged origin.

Having been explained their applications; information security can be defined as the preservation of confidentiality, integrity and availability. Additionally, authenticity, accountability, non-repudiation and reliability can also be involved.¹⁵

While symmetric encryption exhibits a number of desirable features such as high speediness, there are some drawbacks, such as: the need to exchange the secret key; difficulties to start a secure communication between previously unknown parties; and difficulties of scale (a community of n users requires $n^2/2$ unique secret keys).¹⁶

In order to address security issues relating to key distribution, one must use another modality of encryption, called asymmetric or public key. This method uses a pair of different keys instead of only one secret key. The first, known as private, is always kept secret by its holder; it is not transferred to anyone, and is safely stored. The public key, in turn, is accessible and can be freely shared with anyone.¹⁷ His invention was attributed to Whitfield Diffie and Martin Hellman in 1975, although there are rumors that their concepts had been previously discovered.¹⁸

The relationship among the key pair is mathematical; the knowledge of one of them does not allow the deduction of another. This means that a key can be made public without reducing its security, provided that the other remains secret. The safety of this technology is based on the fact that, currently, it is computationally infeasible to derive the private key from the public key. Theoretically, the private key can always be deduced, but the time required regarding the today's computational capacity makes the procedure unviable.¹⁹

Encryption of public key allows us to encrypt messages with the public key that can only be decrypted with the corresponding private key. This enables secure electronic communications without the problem of key distribution. This technique also allows encrypting messages with the private key that can only be decrypted with the corresponding public key, a mechanism used in digital signatures.²⁰

Virtually all public key algorithms are based on one of the following mathematic techniques: factorization of integers; calculation of discrete logarithms and calculation of discrete logarithms of elliptic curves.²¹

Asymmetric encryption has the disadvantage of being a slow process compared to the symmetrical method; this difference may be 100 to 1,000 times.²² For this reason, instead of encrypting the entire text with the private key, launches the feature to encode representative data, which is a summary of the message,

13 FEGHHI, J.; WILLIAMS, P. *Digital certificates: applied internet security*. New Jersey: Addison Wesley, 1999.

14 STALLINGS, W. *Data and computer communications*. 8th New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2007.

15 BRAZILIAN ASSOCIATION OF TECHNICAL STANDARDS. *NBR ISO/IEC 17799: código de prática para a gestão da segurança da informação*. 2nd. Rio de Janeiro: ABNT, 2005.

16 ADAMS, C.; LLOYD, S. *Understanding PKI: concepts, standards, and deployment considerations*. 2nd. New Jersey: Addison Wesley, 2003.

17 CHOUDHURY, S.; BHATNAGAR, K.; HAQUE, W. *Public key infrastructure: implementation and design*. New York: M&T Books, 2002.

18 FEGHHI, J.; WILLIAMS, P. *Digital certificates: applied internet security*. New Jersey: Addison Wesley, 1999.

19 ADAMS, C.; LLOYD, S. *Understanding PKI: concepts, standards, and deployment considerations*. 2nd. New Jersey: Addison Wesley, 2003.

20 ATREYA, M. et al. *Digital Signatures*. Berkeley: McGraw-Hill, 2002.

21 FEGHHI, J.; WILLIAMS, P. *Digital certificates: applied internet security*. New Jersey: Addison Wesley, 1999.

22 FEGHHI, J.; WILLIAMS, P. *Digital certificates: applied internet security*. New Jersey: Addison Wesley, 1999.

known in English as *hash* or *digest*.²³

A summary algorithm works a message within a variable-length and produces a result of fixed size. It takes three properties to ensure its cryptographic security. First, may not be feasible to determine the original message from the summary. In other words, the direction of the message to your resume is a one-way function and cannot be reversed. Second, it may not be possible to find an arbitrary message that has a desired abstract in particular. Third, it must be computationally infeasible to find two messages that have this summary. Furthermore, a well-designed algorithm shows a path, randomly assigned, to the message and any kind of change, even of just one bit of the original message results in an entirely new summary with no correlation with the previous one.²⁴

When the last property described above is violated, it does the so called collision, a situation in which two messages produce the same summary. Although the amount of possible messages is almost infinite, the same does not occur with the number of summaries.²⁵

The *hash* function does not provide confidentiality and do not involve the use of a secret key to generate the summary. They are well suited for authentication and to ensure data integrity. They can also be used for the purpose of compressing data, and is particularly useful when a large message has to be digitally signed.²⁶

Although it is possible to use asymmetric algorithms to encrypt information using the public key, and then decrypt it, using the corresponding private key, usually this process is very slow. Thus, often one opts for a procedure that combines two techniques described previously. Data is encrypted using a symmetric key randomly generated; then this key is encrypted by the public key of the message recipient. When the message recipient gets the message, the following process goes on: deciphering the symmetric key through its private key; and the use of the symmetric key to decrypt the data.²⁷

The combined techniques of encryption are widely used. Some notable examples can be cited: SSH (Secure Shell), used to establish a secure communication between a client and a server; PGP (Pretty Good Privacy), used to exchange messages and, above all, SSL (Secure Sockets Layer) cryptographic protocol used by browsers and web servers to establish a safe communication channel for services such as email and browsing pages.²⁸

3. DIGITAL SIGNATURE

One of the services offered by public key cryptography is the digital signature. That is characterized for being analogous to hand written signatures made on paper, once a single entity can sign some data that are then capable of being read by several other entities which are able to verify its authenticity. This process is safer than conventional signatures given the capacity of today's computers, a fraud is not feasible.

According to Silva²⁹, digital signature is a value that can only be generated by the document issuer incorporated in the body of this and verified by the receiver through a specific process; in addition, it satisfies

23 BURNETT, S.; PAINE, S. *RSA Security's Official Guide to Cryptography*. Berkeley: Osborne/McGraw-Hill, 2002.

24 FEGHHI, J.; WILLIAMS, P. *Digital certificates: applied internet security*. New Jersey: Addison Wesley, 1999.

25 BURNETT, S.; PAINE, S. *RSA Security's Official Guide to Cryptography*. Berkeley: Osborne/McGraw-Hill, 2002.

26 ATREYA, M. et al. *Digital Signatures*. Berkeley: McGraw-Hill, 2002; CHOUDHURY, S.; BHATNAGAR, K.; HAQUE, W. *Public key infrastructure: implementation and design*. New York: M&T Books, 2002.

27 ADAMS, C.; LLOYD, S. *Understanding PKI: concepts, standards, and deployment considerations*. 2nd. New Jersey: Addison Wesley, 2003.

28 CHOUDHURY, S., BHATNAGAR, K., and HAQUE, W. *Public key infrastructure: implementation and design*. New York: M&T Books, 2002.

29 SILVA, L. S. da. *Public key infrastructure – PKI: conheça a infraestrutura de chaves públicas e a certificação digital*. São Paulo: Novatec, 2004.

all five criteria of the role of signatures (i) cannot be counterfeited, since only the sender knows his private key; (ii) is true because when the receiver verifies the signature with the public key of the issuer, he knows that only the latter was able to encode (sign) the document or message; (iii) is not reusable because it was generated based on a summary of the original message and cannot be transferred to other documents; (iv) is unchanged, since any change in the original will produce a different summary of the received one, so neither signature nor the document are more valid; and (v) cannot be rejected, since the receiver does not need emitter help to verify your signature.

When a message is signed, it is explicitly related to the single emitter. Moreover, a public key should be potentially available to all entities to verify its authenticity.³⁰

Both digital signatures provide authentication of origin, and the resulting non-repudiation³¹, as regarding the data integrity³², they may also be used as a means of providing confidential to electronic information.³³

Authentication services, or identification, establish the validity of a transmission, or of a message, and its origin. The goal is to enable the recipient of the message to determine its origin. The integrity services, in turn, deal with changes of accidental or unauthorized information, which includes insertion and subtraction of data. To ensure integrity, a system must be able to detect unauthorized changes. The purpose is to enable the recipient to verify if that information did not change. In turn, the services of non-repudiation prevent an individual refuse to perform certain actions previously made. Your task is to ensure to the message recipient the certainty of the identity of the issuer. Finally, the confidentiality services restrict access to sensitive information to only individuals' previously authorized.³⁴

Authentication services, or identification, establish the validity of a transmission, or a message, and its origin. The goal is to enable the recipient of the message to determine its origin. The integrity services, in turn, deal with changes of accidental or unauthorized information, which includes insertion and subtraction of data. To ensure integrity, a system must be able to detect unauthorized changes. The purpose is to enable the recipient to verify if the information did not change. On the other hand, the services of non-repudiation prevent an individual to refuse to perform certain actions previously done. The purpose is to ensure to the message recipient the certainty of the issuer' identity. Finally, the confidentiality services restrict access to sensitive information only to previously authorized individuals.³⁵

A digital signature can be generated using the private key of the issuer, encrypting the message in full or summary value; its result is attached to the original message and sent to addressee. In the case of encrypting the whole message, the digital signature, in this case, also provides to data confidentiality. To check the authenticity of the signature, the recipient decrypts the content with the public key of the sender and makes the comparison with the original message. If the signature is not validated, it is false or there may have been a change in the content of the original message. A digital signature can be checked as well the author, date and time, if a time stamp issued, as will be explained later.³⁶

It should be noted that each piece of data has its own signature, that is, each signature is unique to the signed data and the keys used. If a person signs two different messages with the same key, signatures are different. Likewise, two persons with different keys sign the same message creating different signatures.³⁷

30 ADAMS, C.; LLOYD, S. *Understanding PKI: concepts, standards, and deployment considerations*. 2nd. New Jersey: Addison Wesley, 2003.

31 BURNETT, S.; PAINE, S. *RSA Security's Official Guide to Cryptography*. Berkeley: Osborne/McGraw-Hill, 2002.

32 ADAMS, C.; LLOYD, S. *Understanding PKI: concepts, standards, and deployment considerations*. 2nd. New Jersey: Addison Wesley, 2003.

33 ATREYA, M. et al. *Digital Signatures*. Berkeley: McGraw-Hill, 2002.

34 ATREYA, M. et al. *Digital Signatures*. Berkeley: McGraw-Hill, 2002.

35 ATREYA, M. et al. *Digital Signatures*. Berkeley: McGraw-Hill, 2002.

36 CHOUDHURY, S.; BHATNAGAR, K.; HAQUE, W. *Public key infrastructure: implementation and design*. New York: M&T Books, 2002.

37 BURNETT, S.; PAINE, S. *RSA Security's Official Guide to Cryptography*. Berkeley: Osborne/McGraw-Hill, 2002.

4. DIGITAL CERTIFICATE

Traditional certificates are designed to establish and document characteristics belonging to a specific individual, be it an identification number (i.e., social security number, driver's license number), a level of achievement (i.e., college degree, license to practice a profession), or membership status (i.e., company ID, trade union card). The digital certificate extends this concept into the electronic world, identifying and linking the certificate holder to a public encryption key that is subsequently used as a means of identification.³⁸

As noted earlier, one of the fundamental principles of asymmetric cryptography is the possibility to freely distribute the public key to the entities that make use of security services. However, this provision should be associated to protect its integrity, preventing undue alterations. In addition, mechanisms to ensure its integrity are not sufficient to establish a relationship between a public key to a particular entity.³⁹

Digital certificates are a vital component in the PKI infrastructure (shown further) as they act as digital passports by binding the user's digital signature to their public key.⁴⁰

Only the user holds their private key. The user's computer generates the public and private key pair. The public key is then sent to the Certificate Authority (CA) where it is verified and a digital certificate is issued. This certificate is then sent back to the user and stored. Copies of this certificate can then accompany transactions from which the certified public key is available. The fact that a cryptographically weak password is a security issue that needs careful consideration.⁴¹

Digital certificates support the asymmetric encryption, because they contain the public key of the entity identified in the certificate, correlating it to a particular individual.

Digital certificate is a set of tamper-proof data that certifies the association of a cryptographic key pair to a final user. To provide this association, a set of trusted third parties confirms their identity. Such third party, called certificate authorities, issue certificates for the user with his name, his public key and other identifying information. After being digitally signed by the respective Certification Authority, the certificates can be transferred and stored.⁴²

Digital certification is a process of recognition of an electronic media activity characterized by establishing a unique relationship, transferable license of a cryptography key to an individual, business, or machine application. This recognition is inserted into a digital certificate by a Certification Authority.⁴³

A digital certificate is characterized by having a life cycle that begins with a request and ends within an expired data or its repeal. In addition, it follows a hierarchy. The certificate is issued and signed by a Certification Authority occupying higher position.

The most common type of digital certificate is X.509, a specification for the binary file format.⁴⁴ The International Telecommunication Union was responsible for the specification of this standard in 1988 and its format became known as version 1.⁴⁵ Later in 1993, version 2 was released, with the incorporation of two

38 GERDES, J. H.; KALVENES, J.; HUANG, C. 'Multi-dimensional credentialing using veiled certificates: Protecting privacy in the face of regulatory reporting requirements'. *Computers & Security*, v. 28, n. 5, p. 248-259, 2009.

39 ADAMS, C.; LLOYD, S. *Understanding PKI: concepts, standards, and deployment considerations*. 2nd. New Jersey: Addison Wesley, 2003.

40 HUNT, R. 'Technological infrastructure for PKI and digital certification'. *Computer Communications*, v. 24, n. 14, p. 1460-1471, 2001.

41 LI, H.; WU, C. 'Study on the application of digital certificates in the protection of network information security and data integrity'. *Journal of Networks*, v. 8, n. 11, p. 2592-2598, 2013.

42 BURNETT, S.; PAINE, S. *RSA Security's Official Guide to Cryptography*. Berkeley: Osborne/McGraw-Hill, 2002.

43 INFRA-ESTRUTURA DE CHAVES PÚBLICAS BRASILEIRA. *Glossário ICP - Brasil. Versão 1.2*. Brasília: ICP, 2007.

44 HARN, L.; REN, J. 'Generalized digital certificate for user authentication and key establishment for secure communications'. *IEEE Transactions on Wireless Communications*, v. 10, n. 7, p. 2372-2379, 2011.

45 ORTEGA, M.; SÁNCHEZ, S. 'University authentication system based on java card and digital X.509 certificate'. *International*

unique ID fields. In 1997, version 3 was released with the addition of an extension field.⁴⁶

Digital certificates are structured with standardized information in the following format according the standard X.509⁴⁷: (i) *Version* differentiates the successive versions of the script (1, 2 or 3, currently); (ii) *Serial Number* contains a unique identification number of each certificate, generated by the Certification Authority; (iii) *Algorithm Identification Signature* has a code indicating the algorithm used to sign the certificate; (iv) *Name of the issuer* identifies the Certificate Authority that signed the certificate; (v) *Validity* tells the definition of the certificate validity period, with date and time; (vi) *Subject name* identifies the final entity to which the certificate relates; (vii) *Information on the subject's public key*, as the value of the public key of the certificate holder and the algorithm identifier; (viii) *Emitter unique identifier* contains a unique identifier; and (ix) *Extensions* with additional information.

5. PUBLIC KEY INFRASTRUCTURE - PKI

Public key cryptography was conceived in 1976 by Diffie and Hellman.⁴⁸ Later, Rivest *et al* designed the RSA Cryptosystem, the first public key system.⁴⁹ Each public key cryptosystem has its own technical features, however they all share the property that given an encryption key it is computationally infeasible to determine the decryption key and vice versa.

The principle objectives of developing a PKI is to enable secure, conventional, and efficient acquisition of public keys. A PKI enables users of a basically unsecure public network such as the Internet to securely and privately exchange data and money through the use of a public and a private cryptographic key pair that is obtained and shared through a trusted authority.⁵⁰

According to Hunt⁵¹, PKI is a system for publishing the public keys used in public key cryptography. PKI provides the core framework for a wide variety of components, applications, policies and practices to combine and achieve the three principal security functions: integrity, authentication and non-repudiation.

A PKI is a combination of hardware and software products, policies and procedures. It provides the basic security required to carry out e-business so that users who do not know each other or are widely distributed can communicate securely through a chain of trust. A PKI consists of: (i) Security Policy; (ii) Certificate Authority (CA); (iii) Registration Authority (RA); (iv) Certificate Repository and Distribution System; and (v) PKI-enabled Applications.

Registration authorities generally have the following functions (described some of the described functions do not apply to Brazilian model, as will be explained in the next section)⁵²: (i) Accept and verify the registration information on new registrars; (ii) Generate keys in favor of end users; (iii) Accept and authorize requests to a backup and a key recovery; (iv) Accept and authorize requests for certificate revocation; and

Journal of Computer Science Issues, v. 9, n. 4, p. 23-29, 2012.

46 TOMA, C. 'Security issues of the digital certificates within public key infrastructures'. *Informatica Economică*, v. 13, n. 1, p. 16-28, 2009.

47 MING, Z. 'Secure digital certificate design based on the public key cryptography algorithm'. *Telkomnika*, v. 11, n. 12, p. 7366-7372, 2013.

48 DIFFIE, W.; HELLMAN, M. E. 'New directions in cryptography'. *IEEE Transactions on Information Theory*, v. 22, n. 6, p. 644-654, 1976.

49 RIVEST, R.; SHAMIR, A.; ADLEMAN, L. 'A method for obtaining digital signatures and public key cryptosystems'. *Communications of the ACM*, v. 21, n. 2, p. 120-126, 1978.

50 SHARMA, A.; GOYAT, N.; SAROHA, V. 'Public-Key Infrastructure (PKI)'. *International Journal of Advanced Research in Computer Engineering & Technology*, v. 2, n. 7, p. 2307-2310, 2013.

51 HUNT, R. 'Technological infrastructure for PKI and digital certification'. *Computer Communications*, v. 24, n. 14, p. 1460-1471, 2001.

52 BURNETT, S.; PAINE, S. *RSA Security's Official Guide to Cryptography*. Berkeley: Osborne/McGraw-Hill, 2002.

(v) Deploying or retrieving hardware devices.

The weakest link within the PKI framework is the storage and security of the private key which, if exposed, allows other parties to both decrypt messages and to transmit fraudulently signed messages; and if lost, prevents the original owner from de-coding incoming messages and historic signed materials. A solution is therefore needed to prevent keys from functioning for anyone but the valid owner, even if they are lost or stolen.⁵³

The Brazilian Infrastructure for Public Key - ICP was created in 2001 and defines itself as a set of techniques, architecture, organization, practices and procedures carried out by the Brazilian government and private organizations that support together the implementation and the operation of a certification system. Aims to establish the technical foundations and methodologies for a digital certification system based on public key cryptography, to ensure authenticity, integrity and legal validity of documents in electronic form of the support applications and of the enabled applications using digital certificates, as well as conducting secure electronic transactions⁵⁴.

The National Institute of Information Technology - ITI, federal agency under the Civil House of the Presidency is the Certificate Authority Root of ICP, that is, the first authorization of the certificate chain, executor of Certificate Policy and technical and operational standards approved by the Administrative Committee of ICP. The certification authorities, registration authorities and support service providers make up the hierarchy of the ICP. The ITI certificate is self-signed and can be checked through specific mechanisms and procedures, without ties with this.

There is a chain of certification authorities, that is, an existing hierarchical interconnection between the different participating entities of ICP. Currently, there are eight first-level certification authorities: Federal Savings Bank; VeriSign; Official Press of the State of São Paulo; Judiciary; Presidency of the Republic; Sersa; Serpro and IRS. Digital certificates also follow a hierarchical series of certificates signed by successive certificate authorities.

The Administrative Committee of ICP is the managing authority policies and responsible, among other thing for establishing policy and certification standards and monitor the activities of Root Certification Authority.

It is to the ITI to launch, forward, distribute, and revoke and manage the certificates of certification authorities to immediately subsequent level; manage the list of certificates issued, withdraw it and the do and perform activities of inspection and audit of certification authorities, registration authorities and support service providers enabled in ICP, in accordance with the guidelines and technical standards established by Administrative Committee of ICP and perform other duties as assigned by the management authority policies.

Certifying Authority is the entity subject to the hierarchy of the ICP responsible for issuing, distributing, renew, revoke and manage digital certificates. It does the lists of repealed certificates - LRC and keeps the records of its operations, always obeying the practice defined in the Declaration Certification Practice - DPC. Its plays an essential role exercising the responsibility to verify that the certificate holder has the private key corresponding to the public key that is part of the certificate. Creates and digitally signs the certificate of the subscriber, where the certificate issued by the Certification Authority is the statement of the identity of the holder, which has a single pair of keys (public / private). In the hierarchy of public certification services, the certification authorities are subject to the higher hierarchical level entity.

Registration Authority is responsible for the interface between the user and their Authority Certification,

53 BROMBY, M. 'Identification, trust and privacy: How biometrics can aid certification of digital signatures'. *International Review of Law, Computers & Technology*, v. 24, n. 1, p. 133-141, 2010.

54 INFRA-ESTRUTURA DE CHAVES PÚBLICAS BRASILEIRA. *Glossário ICP - Brasil. Versão 1.2*. Brasília: ICP, 2007.

which keeps hierarchical bonds. Aims to receipt, to do to the validation, the routing issuing requests or revocation of digital certificates to certifications and the identification authorities, in person, of their applicants. It is its responsibility to keep records of their operations. Can be physically located in a certification authority or be a remote registry entity.

The Time Stamp Authority - ACT is the entity in which the user timestamp services (ie, subscribers and third parties) trust to issue timestamps. The Entity of Time Audit - EAT performs authentication activity and timing Time Stamp Servers - SCT, installed in the ACT. In the structure of time stamp of the ICP, the EAT is the National Observatory.

6. CURRENT APPLICATIONS OF DIGITAL CERTIFICATION IN BRAZIL

Broadly, digital certification provides the following requirements relating to security-information, described in the previous section: confidentiality; authenticity and data integrity. These features may be present alone or together in a number of possible applications, as shown in sequence.

e-CPF is an electronic version of CPF - Registration of Individuals. In addition to identifying with security-individuals, the e-CPF ensures reliability, privacy, integrity and inviolability of messages and various types of transactions via the Internet. Besides, the digital certification has legal validity for use as hand written signatures, indicating that their owner agrees with the signed document.

As of July 2008, the micro and small businesses, opting or not for the tax National Simple regime, can use digital certification in order to reduce bureaucracy and simplify processes procedures, as well to reducing costs in the medium term. The e-CPF Simple variation of e-CPF, is exclusively responsible for the micro holder and small business. It consists of a certification valid for one year, issued in specific cryptographic hardware. It allows quick access to the National Simple Portal for issuing the Simple Collection Document - DAS, only with the inclusion of private password of digital certification.

The e-CNPJ functions as a digital version of CNPJ - National Register of Legal Entities. It also ensures the authenticity and integrity in communication companies. There are two types of e-CNPJ, A3 and A1. The e-CNPJ type A3 offers greater security, since its certificate is generated, stored and processed in the smart card or token, which remains inviolable and unique. Only the holder of the password, created at the time of validation, can use the private key. This digital certificate is valid for three years. The e-CNPJ type A1 is generated and stored in the user's computer, the use of smart cards or tokens is unnecessary. The data can be protected by a password created by the user. Only with this password it can be accessed, moved and copied the private key. The validity of this certificate is 1 year, counted from their date of issue.

The e-CAC stands for Virtual Taxpayer Service Center, is a typical example of application of a digital certification to electronic government. In this area, are available all the services of the Federal Revenue of Brazil and the National Treasury Attorney that can be made through the Internet.

The Federal Revenue of Brazil adopted the digital certificate for the services protected by tax secrecy which allow tax payers to be served through its website, ensuring privacy and inviolability.

With this guarantee, the taxpayer and businesses can have access to the following services: (i) Delivery declarations of personal income tax and corporate; (ii) Recovery of historical statements and copies of payments; (iii) Correction of payments made, as well as installment of trading; (iv) Consultation and regularization of taxpayer situation -individuals and companies with e-CPF legal guardian; (v) Transactions on the Integrated Foreign Trade System - Siscomex; (vi) Electronic Installment online of individual and corporate debts; (vii) Electronic Scheduling of individuals and companies treatment by the CCC counter to resolve disputes.

The Public Digital Bookkeeping System (SPED) was established in 2007 and is in a further step in the computerization of the relationship between tax authorities and taxpayers. In general, it promotes the modernization of the systematic compliance with the accessory obligations, transmitted by taxpayers to the tax administrations and regulatory agencies, using digital certification for signing electronic documents. This system is the instrument that unifies the activities of receipt, validation, storage and authentication of books and documents that comprise the commercial and fiscal bookkeeping of entrepreneurs and business companies, through a single, computerized flow of information.

The SPED consists of three major subprojects: Digital Bookkeeping, Digital Tax Bookkeeping and Electronic Invoice - National Environment. In practice, it is an integrated initiative of the tax administrations in the three spheres of government, federal, state and city level (municipal). This systematic allows the effective participation of taxpayers in the definition of service means the accessory tax obligations required by law to contribute to enhance these mechanisms and check to these instruments greater social legitimacy, establishing a new type of relation, based on mutual transparency, with positive effects for the whole society.

The Electronic Invoice (NF-e) can be regarded as an only digital existence document issued and stored electronically in order to document for tax purposes, an operation of movement or the provision of services that occurred between the parties. Its legal validity is guaranteed by the digital signature of the sender (guarantee of authorship and integrity) and the receipt by the tax authorities of the electronic document before the triggering event.

In simple terms, the issuing company NF generates an electronic file containing the tax information of commercial operation, which must be digitally signed in order to ensure data integrity and the issuer's ownership. This electronic file corresponding to the NF-e, will then be transmitted over the Internet to the office of the taxpayer's jurisdiction farm that will make a file pre-validation and return it to a receipt protocol (use permit), without it cannot have the transit of the cargo. The NF-e will also be transmitted to the IRS, which will be national repository of all NF-e issued (National Environment) and in the case of interstate operation for the operation from the State Farm secretarial and Superintendent Zone Franca de Manaus (Suframa) in case of goods destined for areas encouraged. The financial departments and the IRS (National Environment), make available consultation through the Internet to the recipient and other stakeholders legitimate, holding the access key of the electronic document.

The adoption of NF-e brings a number of benefits to all involved in a business transaction, among which are: reducing printing costs and purchase of paper (reduction of paper consumption, with positive impact on the environment); reduction of dispatch of the tax document costs; reducing storage costs of tax documents; reducing truck stop time in Border Tax Offices; elimination of typing invoices on receipt of goods; delivery logistics planning for early receipt of information of NF-e; reduction of bookkeeping errors in typing invoices; encouraging e-commerce and the use of new technologies; improvement in the process of fiscal control, enabling a better exchange and share of information between tax authorities; cost reduction in the control process of the captured invoices for supervision of goods in transit; reduction of tax evasion and increased tax collection.

National Simple (FPEM) is the system of applications developed for the representatives of the farm and finance secretaries of the States and Municipalities Participation Fund of the States and MUNICIPALITES (FPEM) to access the National Simple database. The representative of the State or the Municipality at to the fund called "representative in FPEM" is the "master user". From the representative "users-certifiers" are accredited who may allow other "users". Thus, creating a systemic chain of accreditation at the National Simple database.

According to the Steering Committee of the National Simple, representatives of states and municipalities throughout Brazil must have personal digital certificate (e-CPF type A1 or A3), to access the taxpayers database of the National Simple.

The justification for the access to this database has to be done by digital certification is the need to ensure the security of information electronically transmitted by the Internet is to ensure the protection taxpayers secrecy.

Starting on April 2002, financial institutions have been conducting secure transactions with the implementation of the Brazilian Payment System (SPB). Which is responsible for managing the process of clearing and settling payments electronically, linking financial certified institutions by the Central Bank of Brazil. Electronic message for fund transferring, transiting exclusively through the National Financial System Network - RSN, are standardized and observe specific safety procedures (digital certificates of ICP) to authenticate and verify the identity of participants in all the operations performed.

The Criminal Court of Appeals of the State of São Paulo - TACrim held in August 2007, through its 11th Chamber of Trials, the first digital trial session, in which the physical processes have been replaced by digital files with digital signature. Armed with a laptop computer, judges brought their votes already scanned for the session, containing all the information necessary for the trials of processes. In the future, the intention is to make the TACrim fully computerized, with petitions and other documents in the file, at both first and second instances, transformed into digital files and accessible through any computer via the logical network to be implemented in the Court. This system reduces the bureaucracy, when significantly reducing the processing of cases before the Court meeting, eliminating the use of paper during the sessions, reducing costs and shortening the time length of the trials.

The project e-Jus proposes is linking computers at meetings rooms and allow for online reporting of all legal procedures during a trial, streamlining the work of the sessions, providing resources to the judges in the preparation, monitoring and trial judgments. In the e-Jus, the judgments of proposals are stored in the system in judgment format. After the trial of a case, the judge and the prosecutor can connect to computer their digital identity card, enter the password and register their signature electronically during the judgment session. This operation eliminates the need to manually sign the document, and at the same time eliminates any judgment step of drafting. At the session on cable, digitally judgments signed go directly to the publication stage.

The cases whose judgments are digitally signed are retained in the office of the class and do not come back to the office. The judgment is printed by the Registry and joined by the Court. Soon after made the gathered, the process is referred to the publication stage. The digitally signed judgments are, then, available for consultation on the Internet two days after the session. The release of trial certificates by the secretariat, however, follows the traditional rite.

In order to further streamline at the adjudication and create easy access, save time and cost to jurisdictional, the Labor Court offers the Integrated Filing and Flow Electronic Documents of the Labor Court (e-DOC). The system allows the electro-single shipping documents relating to proceedings before the Labor Courts, regional labor courts and the Superior Labor Court, via the Internet, without the need for subsequent submission of original documents. e-DOC is scheduled for physical personal use of digital certificate, refusing access to a legal entity.

On May 24, 2007, it was launched the Electronic Petitioning Service (e-PET) by the Superior Court of Justice - STJ. The system is optional, but its use expedites adjudication and facilitates access to the court. After sending, the system generates a report that can be printed by the user, with date and time of transmission, lawyer's name, party and identification of files transmitted. To use e-PET, the professional must have the digital certificate, be accredited in the Supreme Court of the system and have the necessary software and hardware on his computer. The new system allows electronic submission of initial and incidental petitions, and its progress can be followed online by accredited user without the need for petitions written on paper.

The Electronic Management System of Private Security (GESP) was developed to speed the request, with the use of digital certification, operating authorization procedures, review and acquisition of weapons,

ammunition and fitting equipment of private security companies to the Department of Federal police. To use the service, each company must have a digital certificate e-CNPJ type A1 or A3 issued by a certificate authority linked to ICP, which can be used by both the matrix and by its subsidiaries. In this way, companies at the time of transmission of any process will have to sign it using their digital certificate. Thus, there is a guarantee that all information submitted will be accessible only by the Federal Police. On the other hand, the Federal Police will be assured that the information submitted is really coming from that company, including legal validity. Furthermore, GESP provides operational advantages such as reduced process time, on-line monitoring of the procedure and standardized procedures.

The Official Press of the State was established as Certificate Authority Official at the São Paulo State, having as the preferred Registration Authority the Nossa Caixa Bank. This partnership provides technical confidence, legal and operational required under the ICP for the promotion of e-government in the state. Every day, the contents of the Official Press Gazette of the State of São Paulo is published in full at the Internet for those with digital certification, including the Executive notebooks, Legislative, Judiciary, Business, Trade Board and the Official Gazette of the City of São Paulo. In the case of the Official Gazette - DOU, digital certification is used in processing and electronic signature of official documents, by Ministers and the President of the Republic, for publication in the Official Gazette. In addition, the website of the National Press, which brings the Gazette and the Journal of Justice, is also certified, enabling users to verify the authenticity of information published in the electronic version of the Official Gazette. These certified digital publications facilitate access to information and guarantee the authenticity of the documents consulted. Through the digital certificate, the user has the option to use the digital signature, allowing the exchange of documents, authentication, confidentiality and integrity of content. The documents that travel electronically, to have legal recognition, no longer need to be converted to paper and signed. Moreover, this service provides the elimination of the physical distance, prevents fraud, and enables a greater number of electronic services to be carried out with absolute certainty.

The Program University for All (PROUNI) is a program created by the federal government in January 2005. It aims to give full and partial scholarships to low-income students in undergraduate and specific sequential training in private higher education institutions, offering in return, exemption from certain taxes to those institutions that adhere to the program. Access to PROUNI System - SISPROUNI is held today, exclusively with the use of digital certificates issued under the ICP. Therefore, should be use educational institutions certificates (legal entity certificate of type A1 or A3 ICP) and PROUNI Coordinators and their representatives (individual certificate of type A1 or A3 ICP).

In addition to ensuring security to the information registered in SISPROUNI, the use of digital certification enables the digital signature record in all documents issued, which eliminates sending these by post, and the notarization of the signatories ensuring its legal validity.

Social Connectivity is an example of an electronic channel relationship between the Caixa Economica Federal - CEF, an agent operator agent of the Service Time Guarantee Fund - FGTS, and the business and accounting firms. Social Connectivity allows the transmission of the Enterprise System of FGTS Collection and the Social Security Information – SEFIP, which requires the digital certification that the business company uses it. The accounting firms that perform gatherings and provide information to the FGTS and the National Institute of Social Security (INSS) on behalf of its customers can also use the Social Connectivity for this purpose. All is needed is that the client generates at the Internet, an electronic power of attorney. If case one must exchange his counter, just have to withdraw the previous electronic proxy and checked it to the new counter, all over the internet and without complications. This channel allows to simplify the gathering of FGTS process, with greater flexibility and convenience; reducing operational costs; increasing the security of transactions, reducing the occurrence of inconsistencies and the need for future adjustments and improving the protection of business against irregularities.

In 2002, was established in Brazil a new type of bidding called trading, seeking to increase competitive-

ness and agility in public procurement, with transparency to society, less bureaucratic procedures and cost reduction. Later, in 2005, became mandatory the use of electronic trading for the purchase of common goods and services, except in cases of proven impossibility to be justified by the competent authority. It is currently the main type of contract performed by the Federal Government. The criers and expense of officers, participants of the operation system, must necessarily make use of digital certificate type A3. The application of this tool has a number of advantages such as increased efficiency, via automation of administrative systems and processes, and assurance of safety to acts performed. In addition, it supports the market, generating competition among suppliers, allowing even the participation of medium and small companies in tenders promoted by the government, doing to the fact of prescient the physical presence of their representatives as established previously in the way of traditional contracting.

The Environmental Sanitation Technology Company of the State Secretariat of Environment of the State of São Paulo - CETESB started to adopt Simplified Licensing System (SILIS), based on digital certification, where low potential developments polluter can by Internet, get their environmental license through a simplified procedure, such as Preliminary License; Installation License and Operating License in on single document. In addition, the SILIS can also be used for the renewal of the Operating License. All actions involved in this procedure are triggered without user need to attend the Environmental Agencies CETESB, providing greater comfort.

The National Institute of Industrial Property - INPI is pursuing a process of computerization to achieve a “paperless INPI.” Thus, is was launched the Electronic System for Management of Industrial Property (*e*-INPI), an electronic system for service request, for example for, trademark applications over the Internet, through an electronic form with digital certification. With this mechanism, the INPI aims to reduce the deadline for grant of brands by 80%. This system, in addition to streamline processes and provide greater security for transactions, make it easier for users, without the need for physical presence and greater convenience; provides reduction of costs, economy of paper, and significantly decrease of mistakes in the filling out of paper forms.

In 2004, the Superintendence of Private Insurance - SUSEP regulated digital signatures in electronic documents relating to insurance operations, capitalization and complementary pension. The objective was to standardize and especially signal to the market that there is a modern and effective tool on use. The electronic policy replaces the documents that are sent annually to policyholders and brokers for each closed contract, so there is no need to collect and guard roles for periods ranging from 5 to 20 years. Electronic proceeding with digital certification, promote the rationalization and streamlining of processes, using a secure technology that prevents problems such as fakes and misplacement of documents. In addition, this system provides added convenience to the user and reduction of costs for the broker and the insurer, with consequent environmental preservation.

The Financier of Studies and Projects - FINEP is adopting digital certificates of ICP in a new project called Zero Interest, that is to stimulate the innovative capacity of micro and small Brazilian companies in the commercial aspects, processes, products or services. One of the main features of this project is that most of the negotiations are done by digital means, for example, the submission of proposals that goes through a form available on the site FINEP, and the signing of contracts, providing a drastic reduction of bureaucracy. Applying companies must prove that they have a computerized system able to handle digital certification and electronic signatures following all the standards of ICP.

The Per Diem and Air Fare Tickets Concession System (SCDP) is a computerized system, accessed via the Web, which includes the concession activities, registration, monitoring, management and control of daily flights resulting from trips taken in the interests of the administration in the country or abroad, by public servants of the Federal Government. It is currently in operation in 36 units on ministries, municipalities, foundations and agencies, summing up about 100 institutional users throughout the country. Since 2004, when it was deployed, the SCDP promotes electronic processing of documents using digital certificates of

type A3. By December 31, 2008, its membership became mandatory. Because the SCDP enable requests made at the Internet, there is a reduction of the time of ticketing and improvement in service conditions and consultation of users.

7. CONCLUSION

At the moment of the current transition towards the Knowledge Society, governments and business companies efforts to adapt to a new paradigm resulting from the globalization of markets and the recent technological revolution, which results in instability and insecurity environment. In this context, ICT present interesting solutions for both the public sector and the private sector.

For the public sector, ICT provides a new interaction interface with society, creating possibilities for a more effective participation in political processes and the provision of better quality public services such as greater transparency and efficiency to the state apparatus.

For the private sector, ICT provides a significant reduction of costs by decreasing bureaucratic processes, bringing efficiency gains and agility to business and greater convenience to its customers.

All the long list of possible applications of ICT opens up a large amount of opportunities, but also imposes obstacles with regard to the need for protection of electronic information.

In this context, digital certification is an alternative, with respect to the security of information, referring to its main applications, authenticity, confidentiality and data integrity and additionally legal validity of electronic documents. It's either that, in practice, as it turns out a great spread of this technology in Brazil and there are excellent prospects for the use in other areas of public and private sector. The continuity of this spread will result, in an information security platform that will be the basis for the safe development of electronic commerce and government, supported in the strengthening of the level of confidence of its members.

REFERENCES

- ADAMS, C.; LLOYD, S. *Understanding PKI: concepts, standards, and deployment considerations*. 2nd. New Jersey: Addison Wesley, 2003.
- ATREYA, M. et al. *Digital Signatures*. Berkeley: McGraw-Hill, 2002.
- BELDAD, A.; JONG, M.; STEEHOUDER, M. 'I trust not therefore it must be risky: Determinants of the perceived risks of disclosing personal data for e-government transactions'. *Computers in Human Behavior*, v. 27, n. 6, p. 2233-2242, 2011.
- BRAZILIAN ASSOCIATION OF TECHNICAL STANDARDS. *NBR ISO/IEC 17799: código de prática para a gestão da segurança da informação*. 2nd. Rio de Janeiro: ABNT, 2005.
- BROMBY, M. 'Identification, trust and privacy: How biometrics can aid certification of digital signatures'. *International Review of Law, Computers & Technology*, v. 24, n. 1, p. 133-141, 2010.
- BURNETT, S.; PAINE, S. *RSA Security's Official Guide to Cryptography*. Berkeley: Osborne/McGraw-Hill, 2002.
- CHOUDHURY, S.; BHATNAGAR, K.; HAQUE, W. *Public key infrastructure: implementation and design*. New York: M&T Books, 2002.
- DIFFIE, W.; HELLMAN, M. E. 'New directions in cryptography'. *IEEE Transactions on Information Theory*,

v. 22, n. 6, p. 644-654, 1976.

FEGHHI, J.; WILLIAMS, P. *Digital certificates: applied internet security*. New Jersey: Addison Wesley, 1999.

GERDES, J. H.; KALVENES, J.; HUANG, C. 'Multi-dimensional credentialing using veiled certificates: Protecting privacy in the face of regulatory reporting requirements'. *Computers & Security*, v. 28, n. 5, p. 248-259, 2009.

HARN, L.; REN, J. 'Generalized digital certificate for user authentication and key establishment for secure communications'. *IEEE Transactions on Wireless Communications*, v. 10, n. 7, p. 2372-2379, 2011.

HUNT, R. 'Technological infrastructure for PKI and digital certification'. *Computer Communications*, v. 24, n. 14, p. 1460-1471, 2001.

INFRA-ESTRUTURA DE CHAVES PÚBLICAS BRASILEIRA. *Glossário ICP - Brasil. Versão 1.2*. Brasília: ICP, 2007.

INTERNATIONAL DATA CORPORATION. *The Digital Universe in 2020: Big Data, Bigger Digital Shadows, and Biggest Growth in the Far East*. IDC White Paper. Framingham: IDC, 2012.

KAHN, D. *The codebreakers: the comprehensive history of secret communication from ancient times to the internet*. New York: Scribner, 1996.

LAIH, C.; JEN, S.; LU, C. 'Long-term confidentiality of PKI'. *Communications of the ACM*, v. 55, n. 1, p. 91-95, 2012.

LI, H.; WU, C. 'Study on the application of digital certificates in the protection of network information security and data integrity'. *Journal of Networks*, v. 8, n. 11, p. 2592-2598, 2013.

MING, Z. 'Secure digital certificate design based on the public key cryptography algorithm'. *Telkomnika*, v. 11, n. 12, p. 7366-7372, 2013.

ORTEGA, M.; SÁNCHEZ, S. 'University authentication system based on java card and digital X.509 certificate'. *International Journal of Computer Science Issues*, v. 9, n. 4, p. 23-29, 2012.

RIVEST, R.; SHAMIR, A.; ADLEMAN, L. 'A method for obtaining digital signatures and public key cryptosystems'. *Communications of the ACM*, v. 21, n. 2, p. 120-126, 1978.

SHARMA, A.; GOYAT, N.; SAROHA, V. 'Public-Key Infrastructure (PKI)'. *International Journal of Advanced Research in Computer Engineering & Technology*, v. 2, n. 7, p. 2307-2310, 2013.

SILVA, L. S. da. *Public key infrastructure – PKI: conheça a infraestrutura de chaves públicas e a certificação digital*. São Paulo: Novatec, 2004.

SINGH, S. *The code book: the science of secrecy from ancient Egypt to quantum cryptography*. New York: Anchor Books, 1999.

STALLINGS, W. *Data and computer communications*. 8th New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2007.

TOMA, C. 'Security issues of the digital certificates within public key infrastructures'. *Informatica Economică*, v. 13, n. 1, p. 16-28, 2009.

ZHANG, J.; HU, N.; RAJA, M. K. 'Digital certificate management: Optimal pricing and CRL releasing strategies'. *Decision Support Systems*, v. 58, n. 1, p. 74-78, 2014.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Democratização na era digital:
desafios para um diálogo
consciente e igualitário

**Democratization in the Digital
Age:** challenges for a conscious
and equal dialogue

Raquel Cavalcanti Ramos Machado

Laura Nathalie Hernandez Rivera

Democratização na era digital: desafios para um diálogo consciente e igualitário*

Democratization in the Digital Age: challenges for a conscious and equal dialogue

Raquel Cavalcanti Ramos Machado**

Laura Nathalie Hernandez Rivera***

RESUMO

A democracia ganha novos contornos no espaço disponibilizado pela internet. Nesse palco, no qual muitas relações são travadas, e em que a voz do cidadão ganha realce, o poder é semeado. O presente trabalho objetiva avaliar alguns dos aspectos trazidos pelo cenário digital ao exercício do poder, como a inclusão e a educação do cidadão, assim como a ampliação dos ambientes de debate e do controle do Estado. Utilizou-se o método falibilista hipotético-dedutivo, em que se formularam hipóteses, que foram testadas por meio de verificação da realidade, de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Como resultado, percebeu-se que, para assegurar a igualdade, importa não apenas garantir a inclusão digital, mas também a educação, a fim de que os debates sejam travados com consciência política, transparência e honestidade, devendo-se observar normas quanto ao diálogo, como as que exigem deliberação e discussão de assuntos postos em pauta para manifestação social. Além disso, por ser um espaço que viabiliza a manifestação cidadã, o Estado deve criar canais que possibilitem sua participação mais ativa. Participação essa que não necessariamente implicará a diminuição do caráter representativo da democracia, mas possibilitará o aumento de sua legitimidade. Outro aspecto da questão relaciona-se à realização de campanhas eleitorais em que a imposição de regras, como as previstas na legislação eleitoral, mostra-se crucial para impedir que o abuso do poder econômico e político estruture a disputa. Concluiu-se, portanto, necessidade de um aumento de consciência política digital, em vários de seus aspectos, para que se possa desenvolver a democracia no ambiente digital.

Palavras-chave: Democracia. Inclusão digital. Educação digital. Deliberação. eleição.

ABSTRACT

Democracy gains new contours with the space provided by the internet. Under this scenario, where countless affairs are battled and where the voice of citizens gain weight, power is sowed. The following article aims to evaluate some of the aspects brought by the digital scenario regarding the exercise of power, such as the inclusion and education of the citizen, as well as the increase of environments for debate and state control. A hypothetical-

* Recebido em 19/09/2017
Aprovado em 20/11/2017

** Mestre (UFC) e Doutora (USP) em Direito. Professora de Direito Eleitoral da UFC, de cujo Departamento de Direito Público é atualmente a Chefe. Visiting Scholar da Wirtschaftsuniversität, Viena, Áustria. Email: raquel101@uol.com.br

*** Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestre em Direito com especialização em Propriedade Intelectual e Direito Digital pela Universidade de Santa Clara, Estados Unidos (SCU). Advogada e Notária. Professora convidada pela Universidade Jose Simeón Cañas, El Salvador (UCA). Consultora em políticas públicas sobre direito digital, cibersegurança, direitos humanos e propriedade intelectual. Email: lauranath@gmail.com

-deductive fallibilistic method was used, in which hypotheses were formulated and tested through a reality check, together with bibliographical and jurisprudential research. As a result, it was noticed that, to ensure equality, it is important not only to ensure digital inclusion but also education so that debates are held with political consciousness, transparency, and honesty, observing the same rules as for dialogues, such as those that require deliberation and discussion of key issues for social expression. Moreover, because it enables citizen manifestation, the State must create channels that enable a more active participation. This involvement does not necessarily imply the attenuation of the representative character of democracy, but it will increase its legitimacy. Another aspect of the issue presented is regarding the conduct of electoral campaigns in which the imposition of rules, such as those contemplated in electoral legislation, is crucial to prevent the abuse of economic and political power from structuring the dispute. It is concluded that there is a need to increase digital political awareness, in several aspects, so that democracy can develop in the digital environment.

Keywords: Democracy. Digital inclusion. Digital education. Deliberation. Election.

1. INTRODUÇÃO

Parcela significativa da vida contemporânea acontece no meio digital. Nesse palco, pessoas convivem, opinam, interagem e desencadeiam eventos. O indivíduo e o povo desfrutam do ambiente virtual para a realização pessoal, mas também social, com influência direta no poder. Requerendo a democracia reflexão permanente sobre o acesso ao poder, urge repensar seu exercício nesse cenário tão amalgamado ao cotidiano, como é o que se pode chamar de ciber mundo.

Apesar de ser antigo o entrelaçamento entre política, informação e participação no exercício da cidadania, a relação ganha diferentes contornos a cada momento histórico, diante de novos horizontes que se descortinam. O maior acesso à internet parece ter, inclusive, intensificado a participação política, sobretudo por meio da abundância de informações, e da propagação mais rápida de notícias, com a realização de debates em redes sociais, e a convocação para o engajamento em movimentos populares. Além disso, a própria propaganda política e eleitoral tende a ser preponderantemente realizada na internet.

Sendo a internet esse meio tão relevante ao exercício da cidadania, muitas questões se colocam, tal qual o direito a seu acesso para garantia de participação, ou seja, a inclusão digital, mas também os limites e condições a essa participação. Os ódios desencadeados quando dos debates sobre o impeachment revelam a necessidade da reflexão sobre uma pauta educacional, ética e jurídica.

Emerge, ainda, a reflexão sobre a possibilidade de se intensificar a democracia participativa, com o aumento de referendos e plebiscitos. Ao mesmo tempo, como se afirmou quanto aos debates na internet, importa ponderar sobre os requisitos e limites a essa intensificação. Para tanto, requer-se que os cidadãos tenham consciência dos pontos mais relevantes de cada questão sujeita à votação, com acesso às diversas perspectivas do assunto. Deve-se, portanto, meditar quanto ao direito de informação e à propaganda política, com a finalidade de se evitar que debates seletivos guiem a apresentação de projetos de lei e a votação.

Por sua vez, a realização de propaganda política na internet demanda reflexão, dentre outros aspectos, sobre o direito de igualdade e ainda sobre a transparência.

Dentre diversos pontos relacionados aos problemas advindos do maior uso da internet, o presente trabalho deter-se-á sobre esses três aspectos: inclusão digital e educação digital, requisitos para a participação digital democrática, e a propaganda política na internet. São todos aspectos relacionados à democracia, em prismas diversos, mas complementares. Os temas serão analisados na ordem anunciada.

2. INCLUSÃO DIGITAL E EDUCAÇÃO DIGITAL.

Como ponto de partida para análise da importância da inclusão digital, deve-se reconhecer o papel da participação social com autonomia como expressão da liberdade dos sujeitos sociais. Nessa interação da coletividade, eles envolvem-se na participação, produção de conhecimentos, proposição de ideias e debates sustentados na argumentação. Isso serve de fundamento para a constituição de comunidades de conhecimento, produção cultural, troca de opiniões e críticas entre ditas comunidades. A constituição dessas comunidades de conhecimento empodera os interagentes, pois representa um exercício da liberdade de pensamento e expressão de cada sujeito.

O problema surge quando a participação e o acesso às comunidades de conhecimento são limitados ou restritos. A falta da produção intelectual, da troca de ideias e da crítica social afasta esses indivíduos da realidade e da possibilidade de serem sujeitos que interagem, o que, conseqüentemente, afeta sua dignidade. Assim, a inclusão se transforma na expressão dessa liberdade e dessa autonomia que servem de base para a participação equitativa dos sujeitos sociais. Em outras palavras, busca-se, por meio da inclusão, deter o afastamento dos sujeitos que, por diversas razões, têm dificuldade para se inserir nas comunidades de conhecimento e, assim, transformar-se em sujeitos sociais que interagem, que estão envolvidos na produção e debate de ideias sem limites para construir seu próprio pensamento, com um potencial maior, portanto, de oportunidades de participação ativa e social.

Nesse contexto, a participação social autônoma passa a ser, também, uma missão do Estado, já que está relacionada à efetivação da dignidade humana. É desafiador refletir sobre as políticas públicas a serem implementadas que visem a uma maior inclusão social, pois vários são os fatores envolvidos, dentre os quais os mais complexos e desafiadores são os econômicos, cognitivos, culturais e políticos¹. Na verdade, o problema da inclusão social começa na falta de uniformidade doutrinária sociológica sobre a adequação ou não do uso dos conceitos de inclusão e exclusão. Pondera-se, a esse propósito, que, sempre que o sujeito social faz parte do processo econômico e social de um país, o binômio inclusão/exclusão é errado. O sujeito social pode estar em condições de subordinação que lhe dificultem a participação social ativa, devido a fatores econômicos, sociais e culturais, mas sempre estará incluído no processo social e na dinâmica econômica e produtiva.²

Face a esse impasse doutrinário, também têm surgido termos que tentam substituir o binômio inclusão/exclusão por outros termos, que visam incorporar aqueles sujeitos em condições desfavoráveis ao processo cognitivo, econômico e participativo. Alguns autores se referem, por exemplo, à “desfiliação social”, “desqualificação social” e “apartação social”.³ Contudo, as expressões inclusão e exclusão sociais ainda se utilizam, porque objetivam inserir os sujeitos no processo e na dinâmica da vida, com faculdades participativas para a incidência social.

A inclusão social procura que, numa sociedade democrática, a garantia dos direitos e, portanto, o exercício deles, esteja fundado em bases comunitárias que permitam a participação tanto individual como coletiva. Almeja-se a repartição igualitária dos recursos necessários para a efetivação da inclusão, assim como a ampliação e propagação das oportunidades para que os sujeitos, com autonomia individual e liberdade, tenham maiores possibilidades para interagir e, portanto, incidir nas dinâmicas e processos sociais, democráticos, econômicos e culturais. A inclusão social e a exclusão social referem-se, assim, aos âmbitos de participação social dos sujeitos, por meio do balanço necessário e do efetivo acesso aos fatores econômicos, culturais, educativos e sociais que lhes permitam um maior controle dos seus próprios destinos.

1 LEMOS, André. Prefácio. In: BONILLA, Maria Helena Silveira; PRETTO, Nelson De Luca (Org.). *Inclusão digital: polêmica contemporânea*. Salvador: EDUFBA, 2011. v. 2. p. 15-20.

2 BONILLA, Maria Helena Silveira; OLIVEIRA, Paulo Cezar. Ambigüidades em curso. In: BONILLA, Maria Helena Silveira; PRETTO, Nelson De Luca (Org.). *Inclusão digital: polêmica contemporânea*. Salvador: EDUFBA, 2011. v. 2. p. 23-28.

3 BONILLA, Maria Helena Silveira; OLIVEIRA, Paulo Cezar. Ambigüidades em curso. In: BONILLA, Maria Helena Silveira; PRETTO, Nelson De Luca (Org.). *Inclusão digital: polêmica contemporânea*. Salvador: EDUFBA, 2011. v. 2. p. 29.

Diante dessas premissas, indaga-se sobre como as tecnologias e a internet podem contribuir com a inclusão social e a incidência da participação social, a ponto de se passar a empregar o termo “inclusão digital”. A inclusão social reconhece a diferença de classes ou estratos sociais, mas também as potencialidades de outros fatores que contribuem com a interação de classes e a participação social. Assim, o surgimento e o contínuo acréscimo das tecnologias da informação e comunicação na pós-modernidade contribuíram com o advento da ideia de inclusão digital, pois, entre os fatores que favorecem a interação social e produção de conhecimentos (em outras palavras, inclusão social), temos, atualmente, as tecnologias da informação e comunicação.

Por meio da interação baseada no uso das tecnologias e da internet, cria-se e fomenta-se o diálogo igualitário. As plataformas digitais criadas com base no desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação até favorecem as possibilidades de uma incidência de maior alcance e mais equitativa entre as diversas classes e grupos sociais. Essa é uma das grandes potencialidades das tecnologias e da internet como fatores para a participação social e inclusão social. A inclusão digital emerge, assim, como novo direito fundamental, diante do avanço das relações na internet. Na verdade, muitos dos serviços públicos essenciais são realizados pela internet, como é o caso da prestação jurisdicional e da comunicação. Hodiernamente, as chamadas telefônicas foram, em grande parte, substituídas por mensagens de aplicativos para a transmissão de conteúdos diversos, e a comunicação de atos jurisdicionais é feita pela internet — é nesse ambiente que as notícias circulam e que parte considerável dos diálogos são travados.

Coincidimos com a ideia de que, ainda que os conceitos de inclusão e exclusão social pareçam ambíguos, e não exista uniformidade doutrinária sobre seu uso acertado, perante a falta de outro conceito que descreva propriamente as potencialidades das tecnologias da informação e comunicação em favor do diálogo e participação social, consideramos que falar de inclusão digital cumpre com o objetivo de comunicar a importância do acesso e da inserção das tecnologias como ferramentas para a participação democrática de todos os estratos sociais no processo de transformação política, cultural, econômico e social.⁴

A função social e democrática da internet está representada pelo diálogo igualitário e a incidência social que ela comporta. Isso tem provocado controvérsia sobre a complexidade do acesso à internet e sua efetiva implementação nas políticas públicas de inclusão digital e da alfabetização digital. Tal controvérsia se dá porque o acesso às tecnologias e à internet pode ser considerado, atualmente, a ferramenta mais efetiva para provocar verdadeiras transformações sociais e democráticas por meio da criação, produção e difusão de conhecimentos e ideias. Por outro lado, na maioria dos casos, a ideia de inclusão digital tem sido contemplada insuficientemente pelas políticas públicas, que a tratam de maneira desarticulada da realidade ou do contexto dos grupos e comunidades excluídas, concentrando-se, unicamente, na disponibilização de computadores ou o acesso a eles em escolas para a criação de centros informáticos públicos.⁵

O acesso às tecnologias e a inclusão digital estão inseridas em um complexo conjunto de fatores sociais, técnicos, humanos e econômicos a se terem em conta.⁶ Nesse ponto, o acesso igualitário e irrestrito à tecnologia e à internet demanda que ele venha acompanhado de educação e alfabetização digital para que se compreendam e se utilizem as informações e os conteúdos disponíveis nas plataformas digitais. A alfabetização (ou letramento) digital compreende as habilidades, conhecimentos e compreensão dos conteúdos na internet. Assim, a inclusão digital envolve um processo complexo e multifatorial, no qual intervêm fatores técnicos, sociais, culturais e intelectuais, que permitem a plena compreensão e uso das tecnologias e da internet. Portanto, o acesso às tecnologias, acompanhado do letramento digital, representa a base para o

4 BONILLA, Maria Helena Silveira; OLIVEIRA, Paulo Cesar. Ambiguidades em curso. In: BONILLA, Maria Helena Silveira; PRETTO, Nelson De Luca (Org.). *Inclusão digital*: polêmica contemporânea. Salvador: EDUFBA, 2011. v. 2. p. 44.

5 LEMOS, André. Prefácio. In: BONILLA, Maria Helena Silveira; PRETTO, Nelson De Luca (Org.). *Inclusão digital*: polêmica contemporânea. Salvador: EDUFBA, 2011. v. 2. p. 15-20.

6 WARSCHAUER, Mark; NIIYA, Melissa. *Medios digitales e Inclusión Social*. 2014. Disponível em: <http://www.siep.org.pe/wp-content/uploads/06_01_Warschauer.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2017. p. 20.

fortalecimento de estruturas comunitárias e de uma plena inclusão digital suscetível de incidir na sociedade.

A faculdade de transformação social está muito relacionada à ideia do exercício pleno da cidadania. O cidadão tem garantido o exercício de direitos sociais que contribuem a esse processo de transformação e progresso social. Portanto, na contemporaneidade, fala-se tanto da inclusão social como da digital, essa última entendida como ferramenta do exercício pleno da cidadania por meio do acesso e uso das tecnologias e da internet. Para a inclusão digital, é essencial ainda que o acesso às tecnologias e à internet seja suscetível de ter incidência no processo de transformação social, assim como propicie o acesso, sem limites arbitrários, às informações para o desenvolvimento de ideias e conhecimentos.

As discussões sobre a inclusão digital baseiam-se, precisamente, nessa falta de compreensão das tecnologias como ferramentas de transformação social, que, contudo, podem fomentar a exclusão digital dos grupos mais isolados. As políticas públicas de inclusão digital devem ser estruturadas e implementadas considerando-se as condições sociais, culturais e econômicas particulares de cada comunidade. Assim, fala-se de vários fatores a se terem em conta na implementação de políticas públicas de inclusão digital para o maior aproveitamento das tecnologias. O nível de educação e compreensão do uso das tecnologias é um fator determinante para o melhor aproveitamento dessas potencialidades.

A principal crítica às políticas públicas e aos esforços do setor privado — que se concentram na distribuição de computadores de maneira isolada e sem os recursos humanos, técnicos, educativos, econômicos que permitam ao cidadão o maior aproveitamento desses recursos — é a de que elas contribuem com a exclusão digital, no sentido de que os sujeitos se tornam simples consumidores de tecnologia, mas não autores e produtores de conhecimento, tecnologia e transformação social. O poder das tecnologias e da internet é ainda maior naqueles a que WARSCHAUER e NIIYA se referem como “modelos tecnocêntricos”⁷ de acesso e inclusão, que consistem na ideia da inclusão digital como o simples acesso ao computador.

A incompreensão das potencialidades do uso das tecnologias e da internet como ferramentas de fortalecimento social se reflete, também, na falta de congruência entre as demais políticas públicas e aquelas voltadas à inclusão social. Mesmo que seja verdade que o acesso a computadores e a tecnologias é importante para a inclusão digital, a expressão “inclusão digital” vai além disso. Desse conceito faz parte, também, o poder de comunicação, de produção de conhecimentos e de organização por meio do uso das tecnologias e a internet. A inclusão digital, em sua verdadeira acepção, visa tornar os sujeitos autores da sua própria realidade, participantes e produtores da transformação social por meio do uso das tecnologias e da internet.

A exclusão digital acontece quando o uso da tecnologia não promove o desenvolvimento e participação social igualitária. Essa deficiência no uso da tecnologia pode ter várias causas. Dentre elas, podem-se mencionar a dificuldade na compreensão e no uso do idioma estrangeiro, a falta de educação em geral, a falta de compreensão dos conteúdos digitais e das maneiras de utilizá-los, e insuficiência dos recursos humanos com capacidade técnica para o ensino dos atributos, potencialidades e aproveitamento máximo das tecnologias, entre outras. Assim, pode acontecer que se tenha acesso ao computador, à banda larga de internet, mas que não existam os recursos necessários para que a tecnologia e o acesso à rede se tornem, verdadeiramente, uma ferramenta de contribuição social significativa. Apresenta-se, então, uma falta do balanço necessário dos recursos que fundamentam a inclusão social, processo complexo que envolve fatores econômicos, humanos, culturais e sociais para sua efetividade, o que tem como consequência um uso e um aproveitamento deficientes das tecnologias e da internet — o desaproveitamento, portanto, das oportunidades que elas oferecem.

Por meio do uso das tecnologias e da internet, desde a perspectiva multifatorial da inclusão digital, os setores marginalizados podem ter acesso a recursos e conhecimentos fundamentais para sua inclusão social, assim como acesso aos canais de participação, de organização comunitária e de incidência social. Quando

7 WARSCHAUER, Mark; NIIYA, Melissa. *Medios digitales e Inclusión Social*. 2014. Disponível em: <http://www.siep.org.pe/wp-content/uploads/06_01_Warschauer.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2017. p. 20.

alguns desses fatores inexistem, e a inclusão digital restringe-se ao acesso ao computador, surge uma brecha digital entre grupos sociais que maximizam o aproveitamento das potencialidades das tecnologias de informação e outros grupos que têm acesso às tecnologias, mas não conhecem, na realidade, o poder que elas representam. Para isso, as políticas sociais e as políticas de inclusão digital devem guardar harmonia e estarem articuladas para minimizar essa brecha.

Assim como a inclusão social envolve múltiplos fatores, a digital precisa dessa complexidade de fatores para sua efetividade. Portanto, a inclusão digital visa fornecer as condições para que os sujeitos tenham outra via para a criação, produção, participação e transformação social por meio do acesso e do uso das tecnologias e da internet. Na maioria dos casos, os grupos excluídos digitalmente são, inclusive, os mesmos sem acesso a recursos educativos, culturais e econômicos que lhes permitam o pleno exercício dos direitos sociais. A maneira como os sujeitos se inserem nessa nova dinâmica digital do mundo contemporâneo determinará a possibilidade de demandar, questionar e incidir na democracia atual.⁸

Não ter acesso a esse meio e à dinâmica digital contemporânea, portanto, implica ser excluído da própria vida em sociedade, dando origem a nova espécie de isolamento, ou de analfabetismo. Nesse novo horizonte que se descortina, o acesso à internet deve ser abarcado pelo Direito Administrativo, seja para que o Estado forneça, gratuitamente, serviço de internet em determinados ambientes, seja para que a regulamentação da internet se dê levando em conta sua função social, e ainda para que seja desenvolvida a educação sobre a conscientização da internet como fator político, econômico e cultural transformador.

Levando-se em consideração a inclusão e a educação digital, sobretudo à luz de sua importância para a participação democrática, convém invocar o art. 205 da Constituição Federal, segundo o qual a educação será promovida e incentivada visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Assim, a educação digital demanda não apenas o conhecimento técnico para operar meios digitais e ter voz na sociedade, mas também conhecimentos, dentre outros, sobre suas potencialidades transformadoras, bem como sobre os direitos políticos e o discurso democrático, com o respeito à clareza no diálogo, à pluralidade, ademais do incentivo à participação da mulher na política.

Finalmente, da mesma forma que os atores, em uma democracia, usam ferramentas digitais para atender às suas demandas e participam da configuração e do debate das políticas públicas, é importante analisar o impacto que as tecnologias têm sobre os processos de participação política e democracia, impacto este, também, chamado de teledemocracia⁹. Aqui, é importante considerar que o processo de interação com as tecnologias não é unidirecional, ou seja, não corresponde, apenas, aos cidadãos decidirem as nuances da sua participação política no meio digital. Também é dever dos governos democráticos produzir e efetivar políticas públicas que garantam que as tecnologias tenham um efeito positivo geral nos processos de participação política. Portanto, torna-se imprescindível a inclusão digital dos cidadãos e a garantia do acesso às informações que auxiliem à determinação das decisões políticas e à democratização dos debates políticos no meio digital.

8 Consideramos acertado exemplificar o poder da internet e das tecnologias da informação como ferramenta para o exercício da democracia direta e para a participação social com a criação do aplicativo “Mudamos”, iniciativa do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio). O aplicativo tem como objetivo facilitar a participação dos cidadãos na coleta de assinaturas, debates e proposição de projetos de lei de iniciativa popular, direito contemplado na Constituição, mas que, na realidade, apresentava dificuldades para seu pleno exercício. Por meio da disponibilização desse tipo de ferramenta, e também do maior acesso às tecnologias que o facilitam, o cidadão poderá ter uma maior possibilidade de dialogar, participar e incidir diretamente na democracia brasileira. Disponível em: <https://www.mudamos.org/>. Acesso em: 3 jun. 2017.

9 LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 13, 2014.

3. ESTÁGIOS DO DIÁLOGO DEMOCRÁTICO E O DEBATE POLÍTICO NA INTERNET

Levando-se em conta o que acima se afirmou, e continuando as considerações sobre democracia e internet, importa agora refletir sobre como o próprio debate político pode se realizar no ambiente digital. Tecnicamente, talvez já seja viável permitir que, nele, os cidadãos se manifestem e votem pela aprovação ou rejeição de inúmeras leis, assim como de atos governamentais, quase viabilizando uma democracia direta. Sendo assim, deve-se ponderar se tal avanço da participação direta pode levar ao recuo da democracia representativa, e, assim o sendo, se isso é vantajoso para a sociedade. De toda forma, devem-se considerar os termos em que a participação há de ocorrer.

Inicialmente, merece nota o fato de que o avanço das formas de participação direta de democracia não necessariamente levará ao recuo da forma representativa, mas, antes, pode ajudá-la a ganhar legitimidade, como se percebe, por exemplo, em relação à disponibilização do portal da cidadania¹⁰, por meio do qual o cidadão pode apresentar ideias legislativas e participar de debates e de consultas públicas.

Com a tecnologia atual, talvez fosse realmente possível optar pela democracia direta, mas essa escolha radical poderia apresentar muitas desvantagens, dentre elas o prejuízo da liberdade. De fato, muitos cidadãos podem eleger não ter todos os temas políticos como o centro constante de suas decisões. Decidir, afinal, requer uma energia mental que pode estar voltada ao debate de outras questões da vida. A escolha de representantes tem como vantagem delegar o debate de minúcias do cenário político a pessoas cuja profissão é atuar no cenário político, como bem atentou Benjamin Constant¹¹. Se, por um lado, é certo que a participação efetiva dos adultos nos debates aviva a democracia, e essa oportunidade não deve ser abandonada, sob pena de levar a uma situação de exclusão do ambiente político — como o ocorreu, por exemplo, com judeus¹² —, por outro, o excesso de participação pode fazer com a que política, que deve servir de meio para realizar os diversos fins da sociedade, torne-se um fim em si mesmo.

É possível acolher o conselho de Rousseau de que o direito que se tem de votar basta para impor o dever de se instruir a seu respeito¹³, sem que a participação política seja realizada a cada nova questão a ser enfrentada pela sociedade, mas sim de forma pontual nas eleições, ou diante dos problemas que se revelarem cruciais para os rumos da sociedade.

A democracia representativa passa por uma crise, sobretudo porque o Poder Legislativo parece, em muitas situações, impermeável aos anseios da sociedade, mas é viável, por meio da participação cidadã nos meios digitais, equacionar melhor a vontade do povo e a agenda parlamentar. O mais adequado, portanto, é aliar tecnologia e democracia participativa, ampliando espaço de legitimidade para a representação popular, permitindo as formas de participação direta nas questões mais relevantes.

De todo modo, importa atentar à ponderação feita por Robert Dahl quanto aos estágios do debate na democracia, para que, a pretexto de realizá-la, não se leve o povo a engano. Realmente, o diálogo democrático requer que seja possível percorrer os seguintes procedimentos essenciais: “deliberar, discutir e depois tomar as decisões políticas”.¹⁴ Na mesma linha, merece registro a advertência de Habermas, segundo a qual “só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito,

10 <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/>

11 CONSTANT, Benjamin. *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*. (1819), *Écrits politiques*. Paris: Gallimard, coll. Folio, 1997. p. 593-595. Aqui não se acolhe integralmente sua opinião de que a liberdade moderna deve ser a individual, mas apenas seu alerta para o fato de que as inúmeras atribuições da vida contemporânea legitimam a escolha de não participar da política a cada novo assunto posto em pauta de debate pela sociedade.

12 Como destaca Hannah Arendt, o “antisemitismo alcançou seu clímax quando os judeus haviam, de modo análogo, perdido as funções públicas e a influência, e quando nada lhes restava senão a riqueza.” ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 20.

13 No original “... quelque faible influence que puisse avoir ma voix dans les affaires publiques, le droit d’y voter suffit pour m’imposer le devoir de m’en instruire...” ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du Contrat social*. coll. Folio. Paris: Gallimard, 1993. p. 5.

14 DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 48.

numa formação discursiva da opinião e da vontade.¹⁵

Para realizar um debate democrático, não basta criar espaços de votação e manifestação de opinião. É preciso deixar claro quais temas são deliberados, para que, somente, estes sejam então discutidos, e, apenas após a discussão sobre eles, passe-se à manifestação, com caráter meramente opinativo¹⁶, ou mesmo decisório¹⁷. No mesmo espaço, é importante que vários pontos de vista sejam apresentados, para que a votação seja equilibrada. Não é democrático um espaço de manifestação de opinião e de votação em que apenas um ponto de vista é sustentado. Por exemplo, apesar de ser interessante a sujeição de projetos de lei à aprovação social, com disponibilização para manifestação digital apoiando ou não um projeto, tal espaço não pode ter, apenas, um ponto de vista, como no caso do projeto de lei do Senado nº 193 de 2016, de autoria do senador Magno Malta, em que apenas o ponto de vista dele defendendo a escola sem partido é disponibilizado no espaço de votação.¹⁸ A votação, nesse caso, certamente será fragilizada pela falta de pluralismo.

Outro ponto relevante relaciona-se ao respeito à diversidade na internet, aos ódios que discursos contrários provocam e a uma eventual pauta de valores éticos a guiar os diálogos. Nesse ponto, a análise se aproxima do debate sobre o limite dos discursos de ódio e o sopesamento entre o respeito à liberdade de manifestação e, ao mesmo tempo, aos valores caros ao ordenamento, como a proteção de minorias e a dignidade de pessoas atacadas massivamente pela internet, ainda que não se incluam em minorias.

Se, por um lado, o reconhecimento da autonomia individual tem como consequência a aceitação de ataques e contra-ataques que podem corresponder a agressões, por outro, o acirramento, diante de discursos travados na internet, deve ter limites. Assim, durante os jogos da Copa e das Olimpíadas, ressalvado o direito constitucional ao livre exercício de manifestação e à plena liberdade de expressão em defesa da dignidade da pessoa humana, foram impostas como condições para o acesso e permanência de qualquer pessoa nos locais oficiais de competição não portar ou ostentar cartazes, bandeiras, símbolos ou outros sinais com mensagens ofensivas de caráter racista, xenófobo ou que estimulassem outras formas de discriminação; não entoar xingamentos ou cânticos discriminatórios, racistas ou xenófobos; não utilizar bandeiras, inclusive com mastro de bambu ou similares, para outros fins que não o da manifestação festiva e amigável. Além disso, a legislação criminaliza, por exemplo, a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional¹⁹. Além dos limites jurídicos a serem observados diante de ataques verbais, no exercício da liberdade democrática, e para evitar o cometimento da infração e assegurar a aplicação de tais normas, seria conveniente o desenvolvimento de programas educacionais voltados à conscientização quanto à necessidade de respeito a pontos de vista diverso — próprios, aliás, da pluralidade democrática.

Por fim, no que diz respeito ao debate político na internet, importa lembrar que a legislação brasileira procura incluir a mulher no debate democrático, via políticas diversas, como as cotas de candidaturas para as eleições proporcionais, e o regramento quanto à aplicação mínima do Fundo Partidário (art. 44, V da Lei nº 9.096/95). Assim, devem, também, os partidos promover a educação política digital inclusiva, seja disponibilizando link próprio de destaque para dados sobre a participação da mulher, seja elaborando programas para sua educação digital.

4. MECANISMOS DIGITAIS DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA, SOCIAL E AS ELEIÇÕES

Além dos mecanismos de participação política citados acima, como o da e-cidadania, a internet é o ambiente por excelência em que se desenvolvem atualmente inúmeras relações. Em matéria política, a ex-

15 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997. v. 1. p. 172

16 Como nas consultas públicas.

17 Como nas votações em eleições para escolhas de representantes.

18 <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaoamateria?id=125666>, acessado em 20 de Junho de 2017.

19 Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

pressão e a opinião social na internet, cada vez mais, servem de base à estratégia político-propagandística e à tomada de decisões dos votantes. As redes sociais acarretam maior concentração das informações e comunicações, com a finalidade de atingir um público mais rápido, de amplo alcance, inclusive com a vantagem de utilizarem a tecnologia como ferramenta de interpretação, medição de incidência e análise dos comportamentos dos sujeitos sociais. As tecnologias e a internet, como se percebe, estão mudando a democracia e a maneira de agir dos governos, dos partidos políticos e dos votantes

Como as tecnologias e a Internet praticamente representam um novo campo de ação política, a inclusão digital visa chamar a atenção para compreender as potencialidades delas e a incidência que podem ter tanto nos sujeitos sociais como nas democracias.

Uma vez iniciada a propagação de uma informação nesse cenário, dificilmente se consegue detê-la, dado seu caráter incendiário, como fogo em rastro de pólvora. Aqueles, portanto, que desenvolvem linguagem adequada e conseguem fazer ecoar suas ideias no ambiente digital têm um claro poder paralelo ao dos Estados. Tamanho é o poder da internet, que, nesse espaço, os candidatos realizam parte considerável de suas campanhas. Exatamente por isso, é importante o controle que se faz dele. Aqui, portanto, se examina o poder político paralelo ofertado pela internet, o poder disponibilizado pelo Estado ao próprio cidadão e o uso, também, desse espaço para a realização de atos institucionalizados de propaganda política, mais precisamente de propaganda eleitoral.

Por isso, para compreender os espaços digitais possíveis em que o poder político se manifesta e em que pode fazê-lo legitimamente, importa considerar as diversas espécies de propaganda política. São elas a propaganda institucional, a intrapartidária, a partidária e a política, cada uma com finalidade e público próprios, além de período específico para serem realizadas. A distinção é importante para que uma não interfira na outra. Além dessa clássica divisão, há, ainda, a propaganda política realizada pela sociedade civil, que funciona como poder democrático e paralelo.

Enquanto poder paralelo, importa recordar as palavras de John Perry Berlow²⁰, em sua Declaração de Independência do Ciberespaço:

Governos do mundo industrial, vocês gigantes aborrecidos de carne e aço, eu venho do espaço cibernético, o novo lar da mente. Em nome do futuro, eu peço a vocês do passado que nos deixem em paz. Vocês não são bem-vindos entre nós. Vocês não têm a independência que nos une.

[...]

Não temos governos eleitos, nem mesmo é provável que tenhamos um, então eu me dirijo a vocês sem autoridade maior do que aquela com a qual a liberdade por si só sempre se manifesta.

[...]

Precisamos nos declarar virtualmente imunes de sua soberania, mesmo se continuarmos a consentir suas regras sobre nós. Nos espalharemos pelo mundo para que ninguém consiga aprisionar nossos pensamentos.

Criaremos a civilização da mente no espaço cibernético. Ela poderá ser mais humana e mais justa do que o mundo que vocês governantes fizeram.

Apesar de certo exagero e alguma ingenuidade em sua previsão, a internet é meio de controle de abuso de poder e de diversos atos governamentais, o que levar a maior transparência e participação política não necessariamente dentro do Estado, mas paralelamente.

De fato, a transparência pode ser promovida pelo governo na divulgação de informações, mas o caminho mais equilibrado e democrático é o do controle pelos cidadãos. Assim, o próprio governo, se pretende

20 BERLOW, John Perry. *A Declaration of the Independence of Cyberspace*. Disponível em: <<https://www.eff.org/cyberspace-independence>>. Acesso em: 9 jun. 2017 e também a versão traduzida Declaração de Independência do Ciberespaço, disponível e acessado em 09/06/2017.

ser legítimo e eficiente, deve criar mecanismos para dar voz aos cidadãos, por meio de aplicativos, como o chamado “pardal eleitoral”, programa que permite ao cidadão municiar a Justiça Eleitoral com material para controle de propaganda irregular. Tais aplicativos devem ser de fácil uso e compreensão, seguindo a lógica sugerida por Cass Sustein, segundo a qual a complexidade não pode ser invocada como fundamento para afastar a simplificação de normas e procedimentos, pois deve ser resolvida internamente.²¹

Importante considerar que a mera disponibilização de informações na internet é já uma maneira de governar. Afinal, as ações da administração pública (entenda-se gestão de recursos e serviços públicos) devem-se fundamentar na lei e nos princípios orientadores e aplicáveis, tais como a legalidade, a transparência, a probidade, a publicidade, a eficácia dos atos administrativos etc. Esses princípios têm por finalidade evitar as arbitrariedades no uso dos recursos públicos e visam assegurar que as ações sejam destinadas ao bem-estar público, ou seja, sua finalidade é, também, evitar o uso discricionário de interesses privados. Mesmo com a aparente generalidade e obrigatoriedade da publicidade e transparência dos atos administrativos, os mesmos princípios estão limitados, também, pelo princípio da impessoalidade da publicação dos atos administrativos, contemplada na Constituição Brasileira — o que nos leva a ter em consideração a maneira de publicação dos atos na internet e também por meio de outros usos das tecnologias.

A transparência governamental por meio da divulgação ou publicidade é permitida e usada (até exigida) como ferramenta para a rendição de contas. Contudo, deve distinguir-se a publicidade dos atos administrativos da propaganda política associada à imagem, símbolos pessoais de funcionários ou autoridades públicas, perfis ou sites de redes sociais para a comunicação ou promoção das atividades do governo. Esses tipos de ações raramente são denunciados, ainda que representem uma vantagem, promoção ou propaganda eleitoral com recursos públicos.

As redes sociais foram e são criadas para funcionar como sites de troca e disponibilização de conteúdo, assim como de publicidade. Nessa ordem de ideias, é natural, então, pensar que a criação de páginas publicitárias, nas quais se oferecem informações governamentais, pode vir a ser utilizada para esses fins. Blogs, páginas e perfis no Facebook, LinkedIn, Whatsapp, Google Plus, entre outros, funcionam, portanto, praticamente como anúncios virtuais. O uso das redes sociais e da internet em geral para divulgação de ações, projetos, resultados governamentais e partidários não é ilegal. O que é contrário aos princípios constitucionais é a exploração ilícita e a propaganda política na internet por meio do uso de recursos públicos, ou valendo-se de cargo público. Aplicando a ideia principal da doutrina weberiana sobre o patrimonialismo, e entrelaçando-a com o princípio de impessoalidade e probidade dos atos administrativos — e valendo-se do princípio da publicidade dos atos administrativos —, a divulgação de informações na internet, quando constitui violação aos princípios da probidade e da legalidade, com a utilização de orçamentos públicos, é contrária ao ordenamento jurídico. Portanto, a disponibilização de informações na internet (se apenas como maneira de governar) é possível e até necessária, mas deve-se olhá-la de maneira crítica.

No que diz respeito à interação social e política da população, a rápida distribuição de conteúdo pela internet representa, também, uma oportunidade para a medição de indicadores de aprovação, rejeição ou simplesmente de acesso às informações sobre as atividades governamentais e político-partidárias e às manifestações democráticas dessa mesma população. A estratégia política e governamental atual consiste em apoiar-se no uso das tecnologias das informações, porque sua propagação é maior do que aquela feita por outros meios.

O acesso às ferramentas tecnológicas disponíveis bem como a capacidade de aproveitamento e compreensão delas são, portanto, essenciais tanto para a criação e divulgação de informação quanto para o exercício da democracia. Como dito anteriormente, cada conteúdo divulgado na internet (e por meio de outras tecnologias de informação e comunicação) é cada vez mais suscetível de ser acessado e analisado. Com a popularização das tecnologias, da internet e das redes sociais, maior quantidade de metadados (dados

21 SUNSTEIN, Cass. *Simpler: The Future of Government*. New York: Simon&Schuster, ano. p. 10-11.

que descrevem nosso comportamento e pensamento) é compartilhada, o que serve de base e de análises para a construção de estratégias políticas, para a organização social e para a formação de debates entre os atores políticos.

No caso da propaganda política na internet, filtros digitais e algoritmos customizados estariam sendo usados para dirigir conteúdos a audiências específicas. Isso demonstra, na opinião de alguns, as vantagens do conhecimento e do aproveitamento das potencialidades das tecnologias. Para outros, esse tipo de estratégia e de propaganda política representa riscos para a democracia devido à falta de inclusão digital. Segundo a primeira dessas duas opiniões, as vantagens seriam representadas pela efetiva e rápida divulgação dos conteúdos políticos. Em contraposição, tendo em conta a existência da brecha digital mencionada anteriormente, a segunda delas afirma que o acesso às informações e à propaganda política poderiam não chegar até os sujeitos que carecem de acesso às tecnologias. E eles, ainda que tivessem acesso, não poderiam analisar o conteúdo objetivamente, devido à falta da necessária análise e da alfabetização buscadas pela inclusão digital. Isso pode acontecer, também, no caso da fiscalização da publicidade governamental contrária ao princípio de impessoalidade.

O conteúdo publicado na internet é tão volátil que pode, facilmente, mudar a percepção da realidade dos sujeitos sociais, sobretudo daqueles que ainda não compreendem realmente o uso e as potencialidades das tecnologias atuais, ou que não estão alfabetizados digitalmente. Isso, aparentemente, tem acontecido nas recentes votações nos Estados Unidos e na Europa, e reflete, em certa medida, uma incidência negativa da internet e das novas tecnologias nas democracias. Porém, nos últimos anos, o uso das tecnologias para a organização e debate social tem sido muito importante sobretudo para os governos e ditaduras que visam a limitar o exercício dos direitos sociais dos cidadãos.

Devido ao fortalecimento dessas manifestações democráticas e sociais, o acesso à internet e às tecnologias da informação vem sendo bloqueado, cada vez com maior frequência, como medida paliativa, violando, portanto, direitos sociais e fundamentais. Logo, nas restrições ou limitações ao acesso às tecnologias e a internet de que se falou no caso anterior, poder-se-ia falar que se configura um tipo de exclusão digital, quando o acesso às tecnologias e à internet é limitado ou restrito para afastar os sujeitos da realidade, da possibilidade de manifestação e da participação social e democrática.

Perante essa nova realidade, os esforços pela governança da internet visam regular os limites do acesso e das restrições à internet e às tecnologias pelos governos e cidadãos. Por enquanto, a dificuldade encontra-se, também, na falta de contextualização das regras e dos princípios jurídicos vigentes, em parte devida ao desconhecimento das potencialidades das tecnologias e da internet.

No ciberespaço, o exercício da cidadania, refletida na participação dinâmica e autônoma por meio do uso das tecnologias e o acesso à internet, deve ser entendido como parte do processo político e democrático do exercício dos direitos sociais na pós-modernidade. Portanto, a partir dessa análise, a inclusão social tem uma *função emancipatória*, segundo SCHWARTZ *et al*²², pois envolve aspectos educacionais, culturais, sociais e econômicos como fatores que proporcionam uma maior e mais efetiva participação política e social por meio das tecnologias e da internet, tornando os sujeitos, simultaneamente, produtores e demandantes de bens e serviços digitais. Essa liberdade no exercício dos direitos sociais, por meio de uma efetiva inclusão digital, constitui a peça-chave para que a manifestação e participação social e democrática dos cidadãos seja capaz de incidir e transformar a realidade social.

O desafio agora é que as autoridades públicas aproveitem o potencial das ferramentas tecnológicas, para a criação de políticas públicas que favoreçam a participação democrática e a inclusão social e digital dos cidadãos; criando confiança nos ambientes digitais e nos benefícios dos avanços tecnológicos como instrumento para a proteção e eficácia de direitos em prol do interesse público²³.

22 BONILLA, Maria Helena Silveira; OLIVEIRA, Paulo Cezar. Ambiguidades em curso. In: BONILLA, Maria Helena Silveira; PRETTO, Nelson De Luca (Org.). *Inclusão digital: polêmica contemporânea*. Salvador: EDUFBA, 2011. v. 2. p. 37.

23 VARELLA, Marcelo D; OLIVEIRA, Clarice G; MOESCH, Frederico. Salto digital nas políticas públicas: oportunidades e

Quanto à propaganda eleitoral, apesar de canais como rádio e televisão ainda terem forte penetração, a internet avança como meio preponderante, sobretudo por incorporar outras mídias. Afinal, pela internet podem-se ler jornais, assistir-se a filmes e a demais conteúdos audiovisuais diversos. Assim, paulatinamente, a internet vem-se tornando a mídia mais importante e mais utilizada para a divulgação dos variados tipos de propaganda, inclusive a eleitoral. Isso se deve tanto à variedade de ambientes ofertados (sítios, Facebook, Instagram, Youtube, mensagem eletrônica, Twitter...) como à possibilidade de integração de imagem e texto em tempo real. Para dimensionar seu potencial, basta considerar os feitos do presidente americano Donald Trump, eleito em 2016, que se utilizou fortemente do Twitter e do Facebook²⁴ para propagar suas ideias políticas e atacar sua adversária Hillary Clinton²⁵.

No compasso do aumento desse tipo uso da internet, verifica-se o aumento de sua regulamentação no Brasil. Assim, a lei nº 9.504/1997 disciplina a propaganda na internet do art. 57-A ao art. 57-I. Todavia, apesar de seus detalhados dispositivos, é preciso criatividade e esforço para torná-la efetiva, sobretudo diante do caráter volátil das informações que circulam na rede.

Como vantagem, desponta o caráter democrático da internet, sobretudo tendo em vista o baixo custo com que se podem disponibilizar informações, inclusive em perfis pessoais²⁶. Nesse ambiente, sobressai o mais criativo. Para se chegar a essa conclusão, basta considerar os diversos *youtubers* que iniciam sua atividade com apenas uma câmera, em ambientes simplórios de gravação. Essa característica da internet viabilizaria a concretização maior do princípio da igualdade.

Muitos veículos de comunicação, inclusive, já se consolidam, também, no espaço virtual. Além deles, outros existem com semelhante força. A razão maior das normas eleitorais é justamente evitar que a internet seja mais um canal de desequilíbrio na disputa. Assim é que são fixadas regras quanto aos prazos para realização da propaganda, aos meios em que pode ser viabilizada, e às limitações quanto a conteúdos de caráter ofensivo à imagem de outros candidatos.

A propaganda eleitoral na internet é admitida após o dia 15 de agosto. Como se dá em relação ao rádio e à televisão, na internet é vedada, também, a propaganda paga. Ainda que gratuita, é proibida a veiculação de propaganda em sites de pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos, e em sites oficiais de órgãos ou entidades da Administração Pública Direta ou Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios. Até este ano, exatamente por isso, vedava-se o impulsionamento de postagens, já que tal ação somente é possível mediante pagamento. Todavia, diante da diminuição das verbas de campanha após o julgamento da ADIN nº 4.650, assim como diante da percepção da inevitabilidade do aumento do uso da internet no diálogo democrático, a Lei nº 9.504/97, alterada pela Lei nº 13.488/2017, passou a admitir a propaganda paga na internet exatamente na forma de impulsionamento. O impulsionamento será permitido tanto para reprodução de páginas em mídias sociais, como para viabilizar prioridade nas páginas de busca. Essa realidade certamente demandará um esforço da Justiça Eleitoral no controle dos gastos com o novo espaço de mídia, e uma educação maior do eleitor, já que estará sujeito à exposição mais intensa da propaganda, sobretudo dos candidatos com mais verba, não necessariamente com melhores ideias.

Tratando-se de sítio eletrônico, ele somente pode ser do candidato ou do partido, com vinculação expressa do endereço à campanha do candidato, por meio de informação à Justiça Eleitoral.

O país testemunhou caso notório relacionado ao tema na campanha das eleições para presidente de 2014, quando se utilizou o site Muda Mais, gerenciado pela empresa de propaganda da então candidata Dilma Rousseff, para realizar parte de sua propaganda eleitoral. Julgando representação apresentada pela Coli-

desafios. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

24 Cellan-Jones, Rory. Como o Facebook pode ter ajudado Trump a ganhar a eleição, disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/geral-37961917>, acessado em 01 de Julho de 2017.

25 <http://br.reuters.com/article/worldNews/idBRKBN18R3BT-OBRWD>, acessado em 01 de Julho de 2017.

26 Diante do aumento do uso da internet para discussões políticas, o Facebook disponibilizou, inclusive, ferramenta para auxiliar o diálogo entre políticos e eleitores, permitindo a criação de temas de discussão nos perfis.

gação Unidos pelo Brasil diante da propaganda veiculada no site Muda Mais, o Tribunal Superior Eleitoral²⁷ consignou que a candidata e a empresa de propaganda não agiram de forma clara, já que o sítio eletrônico não havia sido vinculado expressamente à campanha e era ainda gerenciado por pessoa jurídica. A candidata eleita e a empresa foram condenadas a pagar a multa máxima pela irregularidade.

Além dessas duas formas de propaganda eleitoral na internet,²⁸ é possível realizá-la por meio de mensagem eletrônica para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação, e também por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e assemelhados (como Facebook ou Instagram), cujo conteúdo seja gerado ou editado por candidatos, partidos ou coligações, ou de iniciativa de qualquer pessoa natural. Recentemente, entendeu o TSE que manifestações no Twitter, mesmo antes do prazo previsto em lei, não configuram propaganda antecipada, uma vez que limitada aos seguidores do candidato, mais se assemelhando a uma conversa.²⁹ Nos termos do art. 57-G da Lei nº 9.504/1997, em relação às mensagens enviadas por candidato, partido ou coligação, por qualquer meio, elas deverão dispor de mecanismo que permita seu descadastramento pelo destinatário, obrigado o remetente a providenciá-lo no prazo de 48h. Mensagens eletrônicas enviadas após o término do prazo previsto no *caput* sujeitam os responsáveis ao pagamento de multa no valor de R\$ 100,00 (cem reais), por mensagem.

Diante de propaganda irregular veiculada na internet, a depender da hipótese, tanto pode ser determinada a retirada da propaganda (art. 57-D, § 3º, da Lei nº 9.504/1997) como é possível, inclusive, a suspensão, por 24h, do acesso a todo conteúdo informativo dos sítios que deixarem de cumprir as disposições legais (art. 57-I da Lei nº 9.504/1997).

Como regra, sendo o provedor um mero veículo de informação inserida por outrem, ele não é responsabilizado por eventual propaganda irregular. Tal norma somente é afastada se, no prazo determinado pela Justiça Eleitoral para retirada de conteúdo, contado a partir da notificação de decisão sobre a existência de propaganda irregular, o provedor não tomar providências para cessar a divulgação, ou ainda se a publicação do material for comprovadamente de seu prévio conhecimento³⁰.

Por fim, importa observar que um grande problema envolvendo a internet relaciona-se à dificuldade de identificar seus usuários, assim como o poder propagador de ódio e agressões da rede. Nesse contexto, retorna-se ao já explorado anteriormente, relacionado à educação digital. Além disso, a lei considera infração sancionável com multa realizar propaganda eleitoral na internet, atribuindo, indevidamente, sua autoria a terceiro, inclusive a candidato, partido ou coligação. Tipificou-se ainda como crime a contratação direta ou indireta de grupo de pessoas com a finalidade específica de emitir mensagens ou comentários na internet para ofender a honra ou denegrir a imagem de candidato, partido ou coligação, assim como a publicidade inserida ou seu impulsionamento no dia das eleições.

27 Representação nº 128704, Acórdão de 23-4-2015, rel. Min. Admar Gonzaga Neto, rel. designado(a) Min. José Antônio Dias Toffoli, *DJE*, tomo 100, 28-5-2015, p. 174/175.

28 “I – Em sítio do candidato, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País; II- em sítio do partido ou da coligação, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no País.”

29 Recurso Especial Eleitoral nº 7464, Acórdão de 12/09/2013, Relator(a) Min. JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI, Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Tomo 198, Data 15/10/2013, Página 30. Tal entendimento, porém, deve ser ponderado a depender do número de seguidores que determinado candidato tenha e do número de eleitores e votos necessários para ganhar ou desequilibrar uma eleição.

30 Facebook e partido político já foram condenados a pagar indenização a candidato, por acusações publicadas em perfil fácil que se descobriu ser gerenciado por secretário do partido. Como fundamento normativo, invocou-se o art. 243 do Código Eleitoral. “Facebook e PDT indenizarão político após difamação divulgadas em perfil falso”, em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI260726,91041-Facebook+e+PDT+indenizarao+politico+apos+difamacao+divulgadas+em>, acessado em 02 de Julho de 2017.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A internet viabiliza a otimização da democracia, intensificando os canais de participação do cidadão. Sendo assim, e tendo-se em vista que é espaço nuclear no cenário atual, assim como considerando-se o direito à participação política, um primeiro passo a ser observado é o direito de inclusão digital. Direito este que deve ser promovido pelo Estado, como decorrência de seu dever de prestar educação, nos termos do art. 205 da CF/88. Tal direito engloba não apenas o acesso a serviços como internet wifi, mas a alfabetização digital como requisito para bom uso do espaço disponibilizado. A alfabetização, por sua vez, requer não apenas o conhecimento para operar os aparelhos e navegar pela internet ou usar aplicativos, mas, sobretudo, a consciência sobre o poder político que isso representa. Somente diante desse saber, é possível fazer com que o indivíduo deixe de ser mero consumidor de produtos e serviços digitais, e passe a ser também autor da realidade democrática sempre mutante.

A educação digital deve envolver ainda pautas éticas, com esclarecimentos quanto à dignidade humana, ao direito de imagem e à liberdade. Afinal, em uma sociedade civilizada, espera-se que a liberdade seja realizada num espaço de urbanidade.

A internet é, também, espaço em que os cidadãos podem travar debates políticos, com a possibilidade de interferir na atuação governamental, incrementando a democracia participativa. Para que tal incremento seja alcançado, é importante que as questões, eventualmente postas para decisão, sejam colocadas com clareza, com a disponibilização de vários pontos de vista sobre um mesmo assunto. Somente assim, se for o caso, deve-se passar à eventual votação de pautas.

Sendo um canal para o controle dos diversos Poderes do Estado, este deve criar mecanismos que viabilizem a participação do cidadão, para que se alcance a transparência não apenas com dados ofertados pelo próprio governo, mas também sob o olhar dos indivíduos que o integram. Assim, deve-se procurar desenvolver, na máxima medida possível, aplicativos que permitam integrar a visão do cidadão à do Estado, no exercício de uma democracia que se possa chamar de colaborativa.

Por fim, quanto à propaganda eleitoral, meio que mais se difunde na propagação de ideias durante campanhas, se por um lado, é esperança de realização da igualdade, já que cada computador pode ser um núcleo de poder, por outro, requer controle, para evitar que a associação de candidatos com grandes meios de comunicação ou que ataques inverídicos terminem por prejudicar a legitimidade e a normalidade das eleições.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- BERLOW, John Perry. *A Declaration of the Independence of Cyberspace*. Disponível em: <<https://www EFF.org/cyberspace-independence>>. Acesso em: 9 jun. 2017.
- BONILLA, Maria Helena Silveira; PRETTO, Nelson De Luca (Org.). *Inclusão digital: polêmica contemporânea*. Salvador: EDUFBA, 2011. v. 2.
- CAPELLA, Ana Cláudia Niedhardt; BRASIL, Felipe Gonçalves. Subsistemas, comunidades e redes para a análise da participação no processo de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 64-81, 2014.
- CONSTANT, Benjamin. *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*. (1819), *Écrits politiques*. Paris: Galimard, coll. Folio, 1997.

- DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.
- LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 8-45, 2014.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du Contrat social*. coll. Folio. Paris: Gallimard, 1993.
- SILVEIRA, Sergio Amadeu da. (Org.). *Cidadania e redes digitais*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil: Maracá – Educação e Tecnologias, 2010.
- SORJ, Bernardo; GUEDES, Luis Eduardo. *Internet na Favela: quantos, quem onde, para que*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008.
- SUNSTEIN, Cass. *Simpler: The Future of Government*. New York: Simon&Schuster.
- VARELLA, Marcelo D.; OLIVEIRA, Clarice G.; MOESCH, Frederico. Salto digital nas políticas públicas: oportunidades e desafios. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.
- WARSCHAUER, Mark; NIIYA, Melissa. *Medios digitales e Inclusión Social*. 2014. Disponível em: <http://www.siep.org.pe/wp-content/uploads/06_01_Warschauer.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2017.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Redes sociais e crowdsourcing constitucional: a influência da ciberdemocracia sobre a gênese e a interpretação de normas constitucionais

Social networks and constitutional crowdsourcing: the influence of ciberdemocracy on the constitution making and interpretation

Igor Ajouz

Redes sociais e crowdsourcing constitucional: a influência da ciberdemocracia sobre a gênese e a interpretação de normas constitucionais*

Social networks and constitutional crowdsourcing: the influence of ciberdemocracy on the constitution making and interpretation

Igor Ajouz**

RESUMO

O trabalho explora perspectivas acerca da influência da interação humana nas redes sociais sobre a construção da ordem constitucional, seja em relação à produção de textos normativos, seja em relação à interpretação das disposições constitucionais vigentes. O objetivo da pesquisa é aferir a influência do uso das redes sociais sobre o poder constituinte e a hermenêutica constitucional, com o emprego de pesquisa bibliográfica, nacional e estrangeira, com o aporte de produções teóricas extrajurídicas. As conclusões do estudo sinalizam expressivo potencial participativo popular, em ordem a incrementar o suporte democrático da ordem constitucional.

Palavras-chave: Redes sociais. Interpretação constitucional e poder constituinte.

ABSTRACT

This essay discusses how the social networking may probably influence the constitutional order making, inducing as the rules production as the interpretation of the present constitutional norms. The target of the research is to assess the influence of the use of social networks on constituent power and constitutional hermeneutics, with the use of bibliographic review, both national and foreign, with the contribution of extrajudicial theoretical productions. The conclusions of the study indicate an expressive popular participatory potential, in order to increase the democratic support of the constitutional order.

Keywords: Social network. Constitutional interpretation and constituent power.

* Recebido em 06/10/2017
Aprovado em 06/11/2017

** Doutorando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília. Professor da Universidade Veiga de Almeida e do AMBRA College. Membro da Advocacia-Geral da União. E-mail: igor.ajouz@yahoo.com.br

1. INTRODUÇÃO

O trabalho que se inicia persegue projeções para a seguinte cogitação: como a internet e, amiúde, as redes sociais, podem influenciar a *praxis* hermenêutica constitucional?

Embora oscilando entre otimismo e pessimismo, uma série de escritos¹ tem especulado como a revolução digital em curso pode impactar as relações sociais e, especificamente, a experiência democrática nacional e global.

Por viabilizar maior amadurecimento e engajamento em fóruns virtuais de discussões e propiciar abertura à *e*-participação no ciclo de políticas públicas², explora-se uma premissa: as mídias sociais eletrônicas reinventaram a cidadania³. Além da justificação empírica, essa constatação alimenta a discussão da hipótese cogitada no presente ensaio.

De outro lado, é corrente a aceitação de que, em maior ou menor intensidade, todo cidadão integra uma sociedade aberta de intérpretes de sua Constituição, colaborando, reivindicando ou praticando determinada orientação atributiva de sentido ao diploma constitucional⁴.

Dois pressupostos, destarte, inspiram a pesquisa: um novo cenário de exercício cívico e a pulverização social da tarefa de construção e leitura da ordem constitucional. Nesse cenário é que se busca refletir sobre como o manejo das redes sociais pode repercutir sobre a gênese e a interpretação de normas constitucionais.

O desenvolvimento da pesquisa, semeada pelo Professor Guilherme Peña de Moraes, pretende contribuir para a compreensão, atual e prospectiva, do que se pode chamar de *crowdsourcing* constitucional.

Nessa esteira, passa-se ao exame da internet e das redes sociais como nichos de uma experiência interativa inédita. Em seguida, o estudo se dedica à ciberdemocracia, nomeadamente ao uso das redes sociais para a interpretação constitucional cotidiana. Ao fim do trabalho, as conclusões, ainda preliminares, delineiam o *crowdsourcing* constitucional e a renovação, em curso, do poder constituinte.

2. INTERNET E REDES SOCIAIS: A NOVA EXPERIÊNCIA INTERATIVA

A internet e, de maneira mais específica, as redes sociais têm viabilizado a realização de uma nova formulação gregária. Não se pode, ainda, por certo, mensurar o seu impacto sobre as demais configurações relacionais humanas — como sejam as familiares, associativas, nacionais e comunitárias. Fato é que a interação humana, nas redes sociais, inspira um novo horizonte político, a que se pode cunhar de ciberdemocracia, na esteira de Lévy⁵.

O fenômeno da formação de redes de mobilização, pela via eletrônica, tem sido objeto de especulações teóricas e, acima de tudo, de muita curiosidade pelo porvir. Numa era em que a velocidade das inovações

1 PINHO, José Antonio Gomes de. Sociedade da informação, capitalismo e sociedade civil: reflexões sobre política, internet e democracia na realidade brasileira. *Revista de Administração de Empresas*, v. 51, n.1, p. 98-106, 2011.

2 POSSAMAI, Ana Júlia. *Democratização do Estado na era digital: e-participação no ciclo de políticas públicas*. 2011. Dissertação (Mestrado), UFRGS, Rio Grande do Sul, 2011.

3 MAINIERI, Tiago; RIBEIRO, Eva Márcia Arantes Ostrosky. A comunicação pública como processo para o exercício da cidadania: o papel das mídias sociais na sociedade democrática. *Revista Brasileira de Comunicação Organizacional e Relações Públicas [Organicom]*, v. 8, n. 14, p. 50-61, 2011.

4 Häberle tem sido apontado como um dos projetores do ideário aludido. É de se conferir: “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 13).

5 LÉVY, Pierre. *Ciberdemocracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

tecnológicas provoca tanta euforia⁶, é de se considerar alvissareira a possibilidade de manifestação e difusão do pensamento com tão largo alcance e propulsão – em ordem a estabelecer um novo campo de ação democrática⁷.

Sob tal contexto, Castells aponta as redes sociais como um novo cenário —talvez mesmo um novo veículo — para o exercício do poder, na sua expressão mais genuína: o poder popular, aquele que verdadeiramente emana do povo.

As redes sociais, segundo o autor⁸, propiciam aos indivíduos a ocupação de um espaço público outrora reservado aos agentes públicos legitimamente constituídos. Para além de ideologias e interesses pessoais, os sujeitos se veem diante da perspectiva de verbalização de suas dores e esperanças, suas insurgências e aspirações, sob o conforto e livres do medo que a repressão física poderia lhes causar.

Em última análise, as redes sociais propiciam o exercício da autocomunicação, facilitada pelas plataformas de comunicação digital da internet e das redes *wireless*. Manifestando suas ambições sociais, os indivíduos a um só passo se desvencilham do monólogo das mídias tradicionais (das quais rádio, TV e jornais eram exemplos emblemáticos) e protagonizam a mobilização necessária a questionar, enfrentar e moldar o exercício do poder para uma vida em comum melhor.

O momento, de fato, traduz descontinuidade — algo a que a literatura, talvez com algum exagero, já vem chamando de revolução digital⁹. A despeito da insistente exclusão digital consecutória da pobreza¹⁰, assiste-se à formação de uma imensurável legião de nativos digitais, que pensam, processam e difundem informações de maneira substancialmente distintas da geração precedente (composta por “imigrantes digitais”)¹¹. Para os nativos digitais, o trânsito pelas redes sociais integra um rol de hábitos participativos de acentuada frequência e relevância.

No que consistem, afinal, as redes sociais? A expressão, decerto, não contempla, somente, relações humanas em ambiente virtual. Ao contrário, desde o pioneiro estudo de sociometria de Barnes¹², são reconhecidas redes sociais em quaisquer agrupamentos humanos em que a interação ocorra segundo um entrelaçamento atado por pontos nodais: a família, a vizinhança, o trabalho, o comércio etc.

O mais expressivo ganho provocado pela internet foi o notável incremento de alcance da teia interativa. O manejo das redes sociais via internet proporciona, além de superar as barreiras físicas do espaço, transformações em relação aos meios de captação e circulação da informação, como bem destaca Bernardi¹³:

As novas tecnologias da informação acabam por influir, de forma decisiva, na maneira pela qual esta passa a ser produzida e a circular. As mudanças, grandemente facilitadas a partir das novas tecnologias digitais e sua organização em redes de computadores, tendem a romper com a cultura de massa predominante até então, permitindo que uma parcela da população, detentora de seus códigos de acesso, interaja ponto a ponto, em oposição às formas existentes de comunicação de massa e seus preceitos unidirecionais. Assim, para esta parcela social, torna-se mais fácil uma relativa ruptura com a antiga forma unidirecional da informação e sua conseqüente padronização de conteúdo, próprio da cultura de massa. Também permite a comunicação de um para um, ou de muitos para muitos e, como conseqüência, possibilita o

6 Salientando os riscos e fetiches desse deslumbramento: MORETZSOHN, Sylvia Debossan. O mundo “divertido”: o fetiche da internet e a mobilização política nas redes sociais. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, v. 1, n. 2, p. 310-327, 2012.

7 MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos; RIVERA, Laura Nathalie Hernandez. Democratização na era digital: desafios para um diálogo consciente e igualitário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

8 CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. São Paulo: Zahar, 2013. p. 7-10.

9 NEWMAN, Abraham; ZISMAN, John. Transforming politics in the digital era. In: NEWMAN, Abraham; ZISMAN, John (Ed.). *How revolutionary was the digital revolution?* Stanford: Stanford Business Books, 2006. p. 391-413.

10 SORJ, Bernardo; GUEDES, Luis Eduardo. Exclusão digital: problemas conceituais, evidências empíricas e políticas públicas. *Novos Estudos*, n. 72, p. 101-117, 2005.

11 PRENSKY, Marc. Digital natives, digital immigrants. *On the Horizon*, v. 9, n. 5, p. 1-6, 2001.

12 BARNES, J. A. Class and committees in a Norwegian island parish. *Human Relations*, v. 7, p. 39-58, 1954.

13 BERNARDI, Amarildo José. Informação, comunicação, conhecimento: evolução e perspectivas. *Transinformação*, v. 19, n. 1, p. 41, 2007.

acesso à “cultura informacional”, na qual o indivíduo, em muitos casos, deixa de ser apenas receptor para tornar-se um selecionador de conteúdos.

O uso quotidiano das redes sociais se prolifera por todo o espaço global. Ora destinadas a um nicho específico de frequentadores, ora abertas às grandes massas, as redes sociais são marcadamente egocêntricas — no sentido de que o conteúdo é produzido e postado, majoritariamente, pelos próprios usuários, sob altos níveis de engajamento, com recorrente adoção de expedientes de compartilhamento¹⁴.

Esta é, aliás, uma das principais características do que se convencionou chamar de *Web 2.0*: a internet serve como uma verdadeira plataforma, sobre a qual os próprios usuários depositam informações¹⁵. Trata-se de uma nova experiência de utilização de equipamentos eletrônicos, já não destinados ao aproveitamento passivo de dados ou entretenimento, mas encorajadora do protagonismo individual. Não à toa, o *Youtube* — qualificado como o “maior fenômeno da cultura participativa” por Burgess e Green¹⁶ — adota a famosa incitação em sua *homepage*: *broadcast yourself*.

As redes sociais viabilizam a percepção de uma nova inteligência coletiva. Nelas se inflama um notável efeito multiplicador: a partir de uma postagem pessoal, cada usuário pode deflagrar uma discussão — quando menos local — sobre determinado tema; ao mesmo passo, cada usuário pode ter a atenção despertada, sobre determinada matéria, pelas dezenas de mensagens e informações rotineiramente compartilhadas.

A transitividade¹⁷ presente nas redes sociais viabiliza a projeção de dados e reflexões entre pessoas que, segundo físicos ou afetivos, não possuam laços fortes — ou, ainda, mesmo que não possuam laço algum. Embora sob a presença de efeitos colaterais indesejáveis, designadamente quanto ao uso abusivo das redes sociais¹⁸, a internet se mostra um poderoso instrumento quando se cogita um uso civicamente engajado, capaz de reforçar alianças intersubjetivas¹⁹.

Parafraseando Chadwick²⁰, é possível apontar três elementos, simultaneamente intrínsecos e conseqüências do engajamento democrático por via das redes sociais: a exuberância informacional, a granularidade e o aprendizado político.

A expressão do pensamento nas redes sociais, consciente ou inconscientemente, provoca uma produção coletiva de volume informacional robusto. Cada narrativa, comentário, emissão de opinião, crítica ou diálogo contribui — como numa catarse coletiva — para a sedimentação de consensos sobre os meios de atingimento do bem comum ou, quando menos, para a concretização das práticas reivindicatórias inerentes à vida democrática²¹.

Conquanto a colaboração individual seja pulverizada — ou granulada, como sugere Chadwick — com diferentes níveis de densidade, convicção e experiência, o potencial coletivo da expressão democrática pelas

14 Para uma detalhada exposição sobre o histórico e as características das redes sociais e de seus frequentadores: BOYD, Danah M.; ELLISON, Nicole B. Social networks sites: definition, history and scholarship. *Journal of Computer-Mediated Communication*, v. 13, p. 210-230, 2008.

15 O'REILLY, Tim. What is web 2.0: design patterns and business models for the next generation of software. *Communications & Strategies*, n. 1, p. 17-37, 2007.

16 BURGESS, Jean; GREEN, Joshua. *Youtube e a revolução digital: como o maior fenômeno da cultura participativa transformou a mídia e a sociedade*. São Paulo: Aleph, 2009.

17 LEMIEUX, Vincent; OUIMET, Mathieu. *Análise estrutural das redes sociais*. 2. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p. 52-53.

18 Sobre o uso ofensivo das redes sociais, especialmente no campo da privacidade: RODRIGUES, Ruben. Privacy on social networks: norms, markets and natural monopoly. In: LEVIMORE, Saul; NUSSBAUM, Martha C. (Ed.). *The offensive internet: speech, privacy and reputation*. Cambridge: Harvard University Press, 2010. p. 237-256.

19 SHAH, Dhavan V.; KWAK, Nojin; HOLBERT, R. Lance. “Connecting” and “Disconnecting” with civic life: patterns of internet use and the production of social capital. *Political Communication*, v. 18, n. 2, p. 153-154, 2001.

20 CHADWICK, Andrew. Recent shifts in the relationship between the internet and democratic engagement in Britain and the United States: granularity, informational exuberance and political learning. In: ANDUIZA, Eva; JENSEN, Michael J.; JORBA, Laia (Ed.). *Digital media and political engagement worldwide: a comparative study*. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 39-55.

21 HABERMAS, Jürgen. Lutas pelo reconhecimento no Estado democrático constitucional. In: TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 126-127.

redes sociais é promissor, designadamente para o amadurecimento político de cada ator social.

Esse engajamento político nas redes sociais, à toda evidência, pode repercutir no plano constitucional. Sempre que um usuário incita os seus próximos, ou tem sua atenção despertada, por terceiros, para uma questão constitucional, diferentes perspectivas despontam: clamor por reformas no texto constitucional; crítica à aplicação das normas constitucionais por determinadas instituições; defesa de modificação ou evolução na interpretação da redação dos dispositivos constitucionais — todos são exemplos, ou conjecturas, da reinvenção da Constituição pelo próprio povo. Pelas redes sociais, o constitucionalismo pode conquistar capital social²².

A projeção que se tem, em arremate, é de uma experiência de cidadania com uma nova performance. O processo em curso, ao que indica a pesquisa, é de empoderamento cívico²³ e, portanto, de renovação do poder constituinte. Passa-se, pois, à verificação sobre como a ciberdemocracia, na *Web 2.0*, pode estimular o uso das redes sociais para mobilizações em torno da produção e da interpretação de normas constitucionais.

3. CIBERDEMOCRACIA: O USO DAS REDES SOCIAIS PARA A GÊNESE E A INTERPRETAÇÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS

A difusão do uso quotidiano das redes sociais, cujo emprego já assumiu proporções tão relevantes, torna o seu exame mais do que um elemento alegórico para o Direito. Muitos desdobramentos jurídicos dela derivam, destacadamente na espinhosa seara da tutela dos direitos da personalidade²⁴. Nos lindes do presente trabalho, o foco será um tanto mais abstrato e, talvez por isso, menos perceptível: a conexão possível entre a experiência democrática pelas redes sociais e o exercício do poder constituinte.

A descrição fenomênica do uso da internet e da participação individual e coletiva nas redes sociais descortina um novo horizonte para o Direito Constitucional: a reconfiguração da experiência participativa e a reaproximação entre o *demos* e o *nomos* constitucional.

Passa-se, pois, ao exame das premissas do constitucionalismo democrático, para que seja viável verificar em que medida a ciberdemocracia — nos moldes da *Web 2.0* — influenciará a produção e a exegese das normas constitucionais.

Um dos pressupostos elementares do constitucionalismo democrático diz respeito à identificação da titularidade do poder constituinte: a sua atribuição ao povo²⁵ tem sido sustentada como um dos fatores de legitimação da soberania do Estado sob a égide constitucional.

Não se cuida, porém, somente de imputar a titularidade do poder constituinte ao povo: no constitucionalismo democrático, marcado pela sedimentação de direitos fundamentais invioláveis²⁶, assume destaque a abertura à participação cívica nos temas sensíveis relacionados à ordem política e jurídica nacional.

O apelo democrático à participação²⁷, insinuador do triunfo das maiorias, à primeira visão, parece riva-

22 QUAN-HAASE, Anabel; WELLMAN, Barry. How does the internet affect social capital? In: HUYSMAN, Marleen; WULF, Volker. *Social capital and information technology*. Cambridge: MIT Press, 2004. p. 113-131.

23 SÁNCHEZ, Diego Álvarez; GIMILIO, David Pardo; ALTAMIRANO, Jorge Isnardo. Crowdsourcing: a new way to citizen empowermen. In: GARRIGOS-SIMON, Fernando J. et al. (Ed.). *Advances in crowdsourcing*. London: Springer, 2015. p. 73-86.

24 Explorando os principais fatores de vulnerabilidade das redes sociais e possíveis mecanismos para o incremento de segurança dos usuários no espaço virtual: MONAGHAN, Joseph. Social networking websites' liability for user illegality. *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law*, v. 21, p. 499-532, 2011. Na doutrina brasileira, tratando da tutela à honra — à luz da Lei 12.965/14 e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha et al. A responsabilidade civil do provedor de conteúdo por violações à honra praticadas por terceiros: antes e pós-marco civil da internet. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, p. 185-231, 2015.

25 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do poder constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, n. 74, p. 52, 1982.

26 FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011. p. 150.

27 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Perspectivas e tendências atuais do Estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 21-25.

lizar com a função contramajoritária desempenhada por uma Constituição — a estabelecer limites assecutorios às minorias. Ademais, o pluralismo que caracteriza as relações sociais contemporâneas não parece conciliável com enquetes binárias sobre os rumos da ordem político-jurídica.

O dissídio, contudo, é, aparentemente, apenas, negativo. De fato, o dissenso, a argumentação, o convencimento e a formação de consensos são peças inevitáveis e necessárias para o triunfo da razão sobre o uso da força nas discussões sobre a formulação, a compreensão e o sentido atribuído às normas constitucionais²⁸.

A produção e a interpretação das normas constitucionais, decerto, são frutos do processo reflexivo de muitas mentes. Quanto maiores a cooperação, o debate e o amadurecimento do processo deliberativo, tanto maiores serão os ganhos qualitativos nas cíclicas tomadas de decisões²⁹.

Por isso mesmo é que os novos engenhos interativos, propiciados pelo networking das redes sociais, alimenta um fluxo de informações que tende a reinventar ou, quando menos, otimizar a cunhagem e a interpretação de normas constitucionais basilares ao convívio cívico.

À guisa de confirmação para a hipótese, passa-se a duas proposituras: apreciar a viabilidade do *crowdsourcing* para a elaboração de normas constitucionais e verificar o potencial das redes sociais como veículos de persuasão sobre questões constitucionais, envolvendo a interpretação da Carta.

3.1. Crowdsourcing constitucional

A Constituição enumera, segundo convenção doutrinária, os valores mais caros aos membros de um Estado em determinado momento histórico, atribuindo-lhes uma tutela jurídica diferenciada, seja pelo seu caráter basilar e preponderante no ordenamento jurídico, seja pelas barreiras opostas à sua supressão³⁰. Tais disposições ingressam na ordem jurídica sob a moldagem de normas constitucionais e, como tais, demandam a observância de determinadas circunstâncias e solenidades para a sua produção.

A hipótese que se alvitra está relacionada à possibilidade de colaboração direta de um povo, por meio das redes sociais, para a cunhagem de normas constitucionais — seja para o exercício do poder constituinte originário, seja para a manobra do poder constituinte derivado reformador.

Embora se tenha certo consenso sobre a atribuição da titularidade do poder constituinte originário ao povo, sempre acossou a doutrina o problema de seu exercício³¹ — usualmente delegado às Assembleias Constituintes, nos regimes democráticos.

A perspectiva que se apresenta, no entanto, atribui a cada cidadão a chance de participar, de maneira mais direta, no procedimento de elaboração de um novo diploma constitucional, colaborando com a discussão e a designação de seu texto por meio das redes sociais. Cuida-se de um mecanismo inclusivo de produção de uma Constituição³².

O caso islandês, nessa seara, é emblemático³³. A experiência foi iniciada em 2009, logo após um turbulento momento de colapso das instituições financeiras, permeado pela sensação de impotência, da sociedade

28 AJOUZ, Igor. Apontamentos para a compreensão da mutação constitucional à luz do constitucionalismo democrático. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 29, p. 431, 2014.

29 AJOUZ, Igor; VALLE, Vanice Lírio do. Abertura dialógica na jurisdição constitucional: do contramajoritarianismo ao alinhamento com a maioria. *Juris Poiesis*, n. 13, p. 440-441, 2010.

30 CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: principles and policies*. 4. ed. New York: Wolters Kluwer, 2011. p. 6-7.

31 “O problema surgirá quando, partindo-se da já solidificada titularidade do povo, perscruta-se sobre a sua viabilização prática, colocando-se em realce a legitimidade do produto (a Constituição)” (TAVARES, André Ramos. Reflexões sobre a legitimidade e as limitações do poder constituinte, da Assembleia Constituinte e da competência constitucional reformadora. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 21, p. 225, 1997).

32 TUSHNET, Mark. New institutional mechanisms for making Constitutional Law. *Harvard Public Law Working Paper*, n. 15-8, 2015.

33 SAUNDERS, Cheryl. Constitution-making in the 21st century. *International Review of Law*, v. 4, p. 8, 2012.

e dos agentes governamentais, para controlar de modo eficaz — sem sacrifício às finanças individuais — os distúrbios da vida econômica do país. A convocação de uma Assembleia Constituinte sucedeu uma série de discussões, encampadas pela sociedade civil, acerca dos valores mais caros aos islandeses e da necessidade de projeção de um futuro adequado às aspirações de seu povo³⁴.

A elaboração do novo texto constitucional islandês foi precedida por uma consulta direta a 1000 eleitores, randomicamente selecionados, para que fossem mensuradas as prioridades e fundamentos elementares da nova ordem constitucional em construção. Depois da consulta, a própria Assembleia Constituinte decidiu pela abertura do procedimento deliberativo, expondo cada etapa das discussões por meio de diferentes veículos de mídia eletrônica, como *Youtube*, *Twitter*, *Facebook* e *Flickr*.

Todo cidadão islandês, para além do acesso ao corrente *status* deliberativo, era encorajado a participar de forma mais direta, apresentando postagens críticas e sugestivas — uma experiência bem sucedida que entusiasticamente simboliza a possibilidade de *crowdsourcing* constitucional³⁵.

O projeto constitucional islandês — é bom que se diga — não foi concluído. Esbarrou na etapa final de aprovação formal do texto pelo parlamento nacional, numa eloquente evidência de conflito entre a nova e a velha democracia. Não havendo — mesmo numa nação socialmente homogênea e com elevadíssima estatística de acesso à internet — possibilidade de substituição completa da tradicional democracia indireta pela ciberdemocracia direta³⁶, é de se cogitar, no mínimo, à participação popular um caráter complementar, cabendo buscar a evolução metodológica da consulta para que novas experiências não fracassem³⁷.

Novas experiências similares, aliás, já foram lançadas.

No Marrocos, em meio às reivindicações da Primavera Árabe em 2011, foi determinada pelo rei Mohammed VI a instalação de uma comissão para a feitura de novo texto constitucional, a ser submetido a referendo popular. Para inflamar a participação popular ao longo da construção da nova Carta, foi lançado o *website* <www.reforme.ma>, para que os marroquinos pudessem acompanhar, em tempo real, o desenvolvimento do trabalho, com a possibilidade de apresentar manifestações críticas e sugestivas — tudo de maneira integrada a páginas no *Facebook* e no *Twitter*³⁸.

O esforço de viabilização do *crowdsourcing* constitucional já se replicou em outras nações africanas, tais como Egito³⁹, Líbia⁴⁰, Quênia, Gana, Tunísia⁴¹ e Somália (onde a dificuldade de acesso popular à internet

34 Cabem, aqui, alguns esclarecimentos. À Constituição islandesa de 1944, cunhada logo após a conquista de independência da Dinamarca, faltava o signo da genuinidade. Suas disposições, quase sempre reproduzidas do texto constitucional do país colonizador, não refletia os valores inerentes à cultura islandesa — aferidos em uma série de eventos não governamentais nos últimos 10 anos. A sensação compartilhada pela população insular induzia à renovação do contrato social, o que levou à convocação de Assembleia Constituinte. Uma detalhada descrição de contexto, no cenário islandês, pode ser colhida em: FILLMORE-PATRICK, Hannah. The Iceland experiment (2009-2013): a participatory approach to constitutional reform. *DPC Policy Note*, n. 2, 2013.

35 VALTYSSON, Bjarki. Democracy in disguise: the use of social media in reviewing the Icelandic Constitution. *Media, Culture & Society*, v. 36, n. 1, p. 52-68, 2014.

36 Segundo Eirikur Bermann, um dos membros da comissão constitucional islandesa, a participação cívica pelas redes sociais não transpôs as solenidades políticas convencionais, mas simbolizou um novo quadrante de pertencimento, a ser desenvolvido pela pressão popular (<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/entrevistas/29617/democracia+colaborativa+so+aconteceu+na+islandia+por+pressao+popular+diz+constituente.shtml>).

37 LANDEMORE, Hélène. Inclusive constitution-making: the Iceland experiment. *Journal of Political Philosophy*, v. 23, n. 2, p. 185-187, 2015.

38 DEELY, Sean; NESH-NASH, Tarik. The future of democratic participation: my.com: an online constitution making platform. In: POBLET, Marta et al. (Ed.). *Sintelnet WG5 Workshop on crowd intelligence: foundations, methods and practices*. Barcelona: European Network for Social Intelligence, 2014. p. 59.

39 Disponível em: <<http://www.wathiqah.com>>, página provida voluntariamente pela Stanford University (HALDER, Budhdhdeb. Crowdsourcing for social change in the global south: challenges and possibilities. In: PARYCEK, Peter; EDELMANN, Noella (Ed.). *Proceedings of the International Conference for e-Democracy and Open Government*. 2. ed. Krems an der Donau: Edition Donau-Universität Krems, 2013. p. 471-472).

40 Disponível em: <<https://twitter.com/agoralibya>>.

41 LUZ, Nuno et al. Defining human-machine micro-task workflows for constitution making. In: KAMIKI, Bogumi et al. (Ed.). *Outlooks and insights on group decision and negotiation*. Warszawa: Springer, 2015. p. 336.

ensejou a adoção preferencial de equipamentos de telefonia e mensagens SMS)⁴².

Na vizinhança sulamericana, já desponta nova iniciativa consultiva ao povo por meio de redes sociais: a plataforma *La Constitución de todos*⁴³, atrelada à rede *Twitter*, vem sendo manejada para atender ao anseio doutrinário de uma nova Carta “democrática e participativa em seu procedimento genético”⁴⁴, em caráter colaborativo durante a etapa préassemblar de diálogo social.

É de se notar, ademais, que a colaboração cívica pelas redes sociais não se resume à discussão preliminar à celebração do poder constituinte originário. Também no campo das reformas constitucionais, de maior ou menor intensidade, se presta a participação à legitimação do poder constituinte derivado reformador.

Na Irlanda, por exemplo, uma Convenção Constitucional foi deflagrada com o propósito de empreender substanciais alterações no texto da carta irlandesa de 1937. Na pauta deliberativa, temas polêmicos como a forma de governo, o sistema eleitoral e importantes questões de gênero e uniões homoafetivas. Por meio do *website* <www.constitution.ie>, os 100 membros investidos (dos quais 66 são cidadãos randomicamente selecionados) podem apresentar e discutir propostas, sendo franqueado a qualquer cidadão submeter sugestões e críticas⁴⁵.

Mesmo no Brasil: as redes sociais se prestam, quando menos, a instrumentos diretos de pressão popular, quando a pauta parlamentar contenha a apreciação de Proposta de Emenda Constitucional controversa. Não são poucos os episódios de incentivo ou repúdio a propostas de reforma da Constituição via *Twitter*, como os que dizem respeito à PEC 215/00 (que transfere ao Congresso Nacional a prerrogativa da demarcação de terras indígenas); à PEC 37/11 (que impede a prática de providências investigatórias pelo Ministério Público) e à PEC 171/93 (que reduz a maioria penal para 16 anos).

Além da mobilização pelas redes sociais de uso comum, outros instrumentos de manifestação popular vêm sendo aplicados e desenvolvidos em território nacional: a subscrição de petições públicas por meio eletrônico⁴⁶ e as consultas abertas em plataformas⁴⁷ são indicativos de novas ferramentas participativas. Reconhecendo a força e o ímpeto da colaboração cívica, a Câmara dos Deputados mantém uma página vocacionada ao *crowdsourcing*⁴⁸, com prováveis repercussões sobre as deliberações atinentes à 3.367 Propostas de Emenda Constitucional em curso na mencionada casa legislativa⁴⁹.

Mais do que instrumento de contato com o eleitorado, as redes sociais já se mostram uma relevante fonte de interação entre a generalidade dos cidadãos e os exercentes de mandato parlamentar⁵⁰. Resta, ainda, todavia, saber como se consolidará a tormentosa acomodação interativa, dada a diversidade linguística, material e formal que, ainda, distancia a explicitação da vontade popular e a solene atuação de deputados e senadores⁵¹.

42 GLUCK, Jason; BALLOU, Brendan. New technologies in constitution making. *United States Institute of Peace Special Report*, n. 343, 2014. p. 3-4.

43 Disponível em: <<http://laconstituciondetodos.cl>>.

44 URBINA, Francisco Zúñiga. Nueva Constitución pra Chile. Las “bases” y las nuevas ideas político-constitucionales. *Revista de Derecho Público*, n. esp., p. 28-39, 2014.

45 CAROLAN, Eoin. Ireland’s Constitutional Convention considers same-sex marriage. *International Journal of Constitutional Law Blog*, 9 abr. 2013. Disponível em: <www.iconnectblog.com>. Acesso em: 6 dez. 2013.

46 Disponível em: <<http://peticaopublica.com.br>>.

47 Disponível em: <<https://plataformabrasil.org.br>>.

48 Disponível em: <<http://edemocracia.camara.gov.br>>.

49 Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb>>.

50 MARQUES, Francisco P. J. Almeida; AQUINO, Jakson Alves de; MIOLA, Edna. Parlamentares, representação política e redes sociais digitais: perfis de uso do Twitter na Câmara dos Deputados. *Opinião Pública*, v. 20, n. 2, p. 178-203, 2014.

51 Esta mesma preocupação é sinalizada por Tushnet, sob a recomendação de que o *crowdsourcing* seja cercado por ferramentas de adequação técnica e formal do texto constitucional em construção: “The crowdsourcing example illustrates a more general point about constitution writing. An inclusive process can generate a wide range of perfectly decent proposals for the constitution, but integrating them into a single document that will serve as the blueprint for an effectively functioning government requires a fair degree of technical skill.70 The technicians, almost certainly lawyers and legal academics, sometimes with the assistance of international organizations and NGOs,71 may regard themselves as faithful servants of the inclusive process. Almost inevitably, though, lawyers’ technical concerns will have some effects—predictable and unpredictable—on the meaning of the constitution they write.

3.2. Redes sociais como veículos de persuasão sobre questões constitucionais

Além do já comentado potencial colaborativo das redes sociais na gênese do texto constitucional, é possível lhe divisar outra funcionalidade na *Web 2.0*: instrumento de expressão e mapeamento — quantitativo e qualitativo — de opiniões sobre a interpretação e a aplicação prática de normas constitucionais.

Em outros termos, propõe-se a examinar a influência das vozes populares, bradadas nas redes sociais, sobre a interpretação do Direito Constitucional.

De fato, não deve soar distante de cada cidadão a aplicação das disposições constitucionais em seu cotidiano. A interpretação da Constituição impacta, decerto, providências flagrantemente conectadas à vida ordinária de cada sujeito, como se passa na implantação de políticas públicas, no controle sobre a Administração Pública, no campo da responsabilidade dos exercentes de poder, na vasto universo de exercício dos direitos fundamentais etc.

Tais elementos traduzem a necessidade de aproximação entre o povo e a sua Constituição, na forma sugerida por Horta⁵²:

Para sedimentar no povo a noção de Constituição é indispensável explicar ao povo qual é o objeto, o fim e o conteúdo da Constituição. Essa obra pedagógica de esclarecimento é necessária para conquistar o apoio popular à Constituição e impedir a difusão da ilusão constitucional, pois a Constituição, como lembra o realismo pragmático de Karl Loewenstein, “não dá comida, nem casa, nem educação ou lazer.

A lealdade de um povo à sua Constituição reclama pertencimento. Esta, em larga medida, depende de sua correspondência ao sentimento popular dominante — o que explica, sob diferentes aspectos, o alinhamento da jurisdição constitucional às concepções majoritárias⁵³. No entanto, o viver democrático contempla a permanente insurgência argumentativa minoritária, entendida como a aptidão para discursar, cooptar filiações e influenciar a evolução interpretativa da Constituição. A mobilização argumentativa, obcecada pelo triunfo de uma determinada concepção jurídica em disputa, é uma das notas características do constitucionalismo democrático⁵⁴.

Se as normas constitucionais, em especial as alusivas aos direitos fundamentais⁵⁵, se sujeitam a uma significativa variedade hermenêutica⁵⁶, as redes sociais se somam aos já existentes⁵⁷ veículos de interação e discussão para o incremento dos diálogos sociais indispensáveis à aferição do sentimento popular dominante.

Os diálogos sociais produzidos em cenário virtual, por seu turno, viabilizam um contato imediato entre as instituições decisórias e opinião pública, propiciando a possível convergência entre as deliberações oficiais e os segmentos majoritários⁵⁸ ou, quando menos, ensejando o amadurecimento do debate público em derredor de questões controvertidas.

Renova-se, pois, pelas redes sociais um pronto efeito profilático: a prevenção à alienação político-jurídi-

To the extent that constitutions as written are to be legal documents, inclusiveness will be tempered to some degree by the necessary concern for technicality. (TUSNHET, Mark. Constitution-making: an introduction. *Texas Law Review*, v. 91, p. 1995-1996, 2012).

52 HORTA, Raul Machado. Reflexões sobre a Constituinte. *Revista de Direito Público*, v. 79, p. 29, 1986.

53 AJOUZ, Igor; VALLE, Vanice Regina Lírio do. Abertura dialógica na jurisdição constitucional: do contramajoritarianismo ao alinhamento com a maioria. *Juris Poiesis*, n. 13, p. 431-456, 2010.

54 POST, Robert, Theorizing disagreement: Reconceiving the relationship between law and politics. *California Law Review*, v. 98, p. 1345, 2010.

55 Canotilho, simbolicamente, as qualifica como “camaleões normativos” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 101-103)

56 MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 57-73.

57 Sobre o papel das audiências públicas, nesse mesmo contexto: VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

58 BATEUP, Christine. Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, n. 44, 2006.

ca⁵⁹. Uma sociedade indiferente às demandas e controvérsias transfere às instituições constituídas o ônus do enfrentamento dos impasses, tornando o terreno fértil ao autoritarismo, no domínio político, ou ao desequilíbrio na relação entre os poderes, seja em favor dos *branches* executivos, seja em prol do Poder Judiciário⁶⁰. Uma sociedade consciente e engajada, ainda que por meio de redes sociais virtuais, reforça e relegitima sua titularidade do poder constituinte — o que inclui a prerrogativa de interpretar, sob algum grau de variação e evolução, as disposições constitucionais.

A internet, certamente, constitui terreno fértil ao abastecimento informacional e à difusão e discussão argumentativa.

O acesso às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal se afigura perfeitamente tangível, seja pelas transmissões ao vivo, seja pelo *upload* de vídeos na página oficial e no canal da Corte no *Youtube*. Querendo, todo cidadão pode alistar-se e receber, periodicamente, sem ônus, o *clipping* de jurisprudência, por e-mail. Conhecer as decisões do Tribunal guardião da Carta de 1988 é, sem dúvida, um importante ponto-de-partida para o debate crítico sobre a interpretação constitucional.

Muitas vezes, por outro lado, a mobilização pelas redes sociais precede e, de alguma maneira, influencia o reconhecimento da repercussão geral (art. 102, § 3º, da Carta de 1988) ou mesmo o julgamento do mérito nas votações encenadas no Plenário do Supremo Tribunal Federal. Assim ocorreu, por exemplo, em relação à apreciação do Recurso Extraordinário n. 845.779, em que se examina o direito de transexuais serem tratados socialmente de forma condizente com sua identidade de gênero — temática amplamente discutida em diversos fóruns eletrônicos.

Desde o julgamento da ADPF n. 132, que reconheceu juridicidade às uniões homoafetivas⁶¹, segue em curso ampla discussão nas arenas virtuais sobre a possibilidade de celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo — *vexata questio* que envolve a aplicação de princípios constitucionais como a igualdade, a autonomia da vontade e a dignidade humana.

Agitada discussão foi deflagrada, recentemente, após a decisão proferida na Ação Cautelar n. 4039, pelo Supremo Tribunal Federal: em que medida a Carta de 1988 admitiria o decreto de prisão de parlamentar federal, tendo em vista a disposição estampada no art. 53, § 2º, que resume a hipótese à ocorrência de flagrante por crime inafiançável. Diversos juristas, alinhando-se a cidadãos comuns, lançaram-se às redes sociais para apresentar críticas à extensão interpretativa implementada pela Corte brasileira — com destaque para as lúcidas considerações na página do professor Afrânio Silva Jardim no *Facebook*, reproduzidas em diversos *blogs*⁶².

Por derradeiro, a encerrar o repertório exemplificativo, cabe destacar a inflamada discussão travada nas redes sociais acerca da possibilidade de *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff, sobretudo após o recebimento de denúncia pelo Presidência da Câmara, Deputado Federal Eduardo Cunha⁶³. O intenso debate, por certo, gira em torno da tipificação dos crimes de responsabilidade e da sujeição, estipulada s artigos 85 e 52, I, da Carta de 1988, da Presidência da República a um regime especial de responsabilidade pelos atos praticados no exercício do mandato.

É de se projetar, nos acirrados confrontos argumentativos pelas redes sociais, um louvável bônus democrático: o envolvimento coletivo com a compreensão e a atribuição do sentido às normas constitucionais, como parte de uma experiência cívica há muito defendida por Häberle⁶⁴, para quem

59 AJOUZ, Igor. Apontamentos para a compreensão da mutação constitucional à luz do constitucionalismo democrático. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 29, p. 434-435, 2014.

60 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 8, p. 441-464, 2008.

61 BARROSO, Luis Roberto. Uniões homoafetivas: reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre parceiros do mesmo sexo. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, v. 1, n. 1, p. 221-244, 2014.

62 Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/tag/afranio-silva-jardim>>.

63 Disponível em: <<http://static.congressoemfoco.uol.com.br/2015/12/impeachment.pdf>>.

64 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpre-*

no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

As redes sociais, em ambiente eletrônico, poderão consubstanciar ferramentas cooperativas nessa empreitada hermenêutica coletiva, sendo de se cogitar sejam instrumentos de exercício de poder constituinte difuso, na forma como cunhado por Burdeau⁶⁵, ou, ainda, vocalizadoras de um processo informal de transformação constitucional⁶⁶.

A Constituição, como documento “vivo”, contempla um projeto multigeracional adaptável às circunstâncias institucionais, tecnológicas, econômicas, sociais e culturais⁶⁷. O envolvimento cívico nas redes sociais, nesse passo, pode prover um notável proveito ao constitucionalismo democrático.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A primeira conclusão que se extrai, com base no exame dos elementos compilados no presente estudo, é de que os avanços tecnológicos e culturais — relacionados às diferentes manifestações de redes sociais pela internet — descortinam um novo horizonte para o constitucionalismo democrático.

O ambiente eletrônico das redes sociais pode se prestar à veiculação de toda sorte de valores e aspirações propulsores da criação e da reforma de normas constitucionais, traduzindo novas formas de manifestação ou, quando menos, de cooperação para o exercício do poder constituinte originário e do poder constituinte derivado reformador.

Também, em relação ao plano da interpretação constitucional, as redes sociais na internet contemplam enorme potencial para a expressão do pensamento e a difusão de críticas e propostas de compreensão e aplicação do texto constitucional — o que pode se traduzir como um verdadeiro poder constituinte derivado difuso, sob nova moldagem e instrumentalização.

É de se considerar, por derradeiro, que os debates travados nas redes sociais podem servir como relevante termômetro, permitindo o mapeamento de dissensos — confrontos inevitáveis em quaisquer democracias — além da verificação do sentimento popular dominante e o implemento de práticas persuasivas.

Pode-se cogitar, para o futuro, a adoção de novas fórmulas participativas diretas, em substituição ou adição às já existentes — como a realização de audiências públicas e a oitiva de *amici curiae* — como o fomento ao uso das redes sociais para a inclusão cívica no processo deliberativo em torno das questões constitucionais.

Numa democracia que alimenta a liquidez constitucional⁶⁸, às redes sociais se pode confiar uma função promissora.

REFERÊNCIAS

AJOUZ, Igor. Apontamentos para a compreensão da mutação constitucional à luz do constitucionalismo democrático. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 29, p. 429-448, 2014.

tação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 13.

65 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 150.

66 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 183-184.

67 STRAUSS, David A. *The living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 1-2;24.

68 GRÜN, Ernesto. Las “constituciones líquidas”. Um ensayo sistêmico-cibernético. *Ciencias Sociales y Educación*, v. 1, n. 2, p. 173-186, 2012.

- AJOUZ, Igor; SILVA, Cecília de Almeida. Audiências públicas na Suprema Corte brasileira: novas tendências para o diálogo social. *Juris Poiesis*, n. 16, p. 85-108, 2013.
- AJOUZ, Igor; VALLE, Vanice Lírio do. Abertura dialógica na jurisdição constitucional: do contramajoritarismo ao alinhamento com a maioria. *Juris Poiesis*, n. 13, p. 433-456, 2010.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do poder constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, n. 74, p. 33-68, 1982.
- BARNES, J. A. Class and committees in a Norwegian island parish. *Human Relations*, v. 7, p. 39-58, 1954.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. Uniões homoafetivas: reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre parceiros do mesmo sexo. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, v. 1, n. 1, p. 221-244, 2014.
- BATEUP, Christine. Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, n. 44, 2006.
- BERNARDI, Amarildo José. Informação, comunicação, conhecimento: evolução e perspectivas. *Transformação*, v. 19, n. 1, p. 39-44, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.
- BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BOYD, Danah M.; ELLISON, Nicole B. Social networks sites: definition, history and scholarship. *Journal of Computer-Mediated Communication*, v. 13, p. 210-230, 2008.
- BURGESS, Jean; GREEN, Joshua. *Youtube e a revolução digital: como o maior fenômeno da cultura participativa transformou a mídia e a sociedade*. São Paulo: Aleph, 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- CAROLAN, Eoin. Ireland's Constitutional Convention considers same-sex marriage. *International Journal of Constitutional Law Blog*, 9 abr. 2013. Disponível em: <www.iconnectblog.com>. Acesso em: 6 dez. 2013.
- CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. São Paulo: Zahar, 2013.
- CHADWICK, Andrew. Recent shifts in the relationship between the internet and democratic engagement in Britain and the United States: granularity, informational exuberance and political learning. In: ANDUIZA, Eva; JENSEN, Michael J.; JORBA, Laia (Ed.). *Digital media and political engagement worldwide: a comparative study*. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 39-55.
- CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: principles and policies*. 4. ed. New York: Wolters Kluwer, 2011.
- CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha et al. A responsabilidade civil do provedor de conteúdo por violações à honra privadas por terceiros: antes e pós-marco civil da internet. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, p. 185-231, 2015.
- DEELY, Sean; NESH-NASH, Tarik. The future of democratic participation: my.com: an online constitution making platform. In: POBLET, Marta et al. (Ed.). *Sintelnet WG5 Workshop on crowd intelligence: foundations, methods and practices*. Barcelona: European Network for Social Intelligence, 2014. p. 43-62.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011.

- FILLMORE-PATRICK, Hannah. The Iceland experiment (2009-2013): a participatory approach to constitutional reform. *DPC Policy Note*, n. 2, 2013.
- FREEMAN, Julie; QUIRKE, Sharna. Understanding e-democracy. *Journal of e-Democracy & Open Government*, v. 5, n. 2, p. 141-154, 2013.
- GLUCK, Jason; BALLOU, Brendan. New technologies in constitution making. *United States Institute of Peace Special Report*, n. 343, 2014.
- GRÜN, Ernesto. Las “constituciones líquidas”: um ensayo sistêmico-cibernético. *Ciencias Sociales y Educación*, v. 1, n. 2, p. 173-186, 2012.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. Lutas pelo reconhecimento no Estado democrático constitucional. In: TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 125-164.
- HALDER, Buddhadeb. Crowdsourcing for social change in the global south: challenges and possibilities. In: PARYCEK, Peter; EDELMANN, Noella (Ed.). *Proceedings of the International Conference for e-Democracy and Open Government*. 2. ed. Krems an der Donau: Edition Donau-Universität Krems, 2013. p. 471-478.
- HORTA, Raul Machado. Reflexões sobre a Constituinte. *Revista de Direito Público*, v. 79, p. 13-29, 1986.
- LANDEMORE, Hélène. Inclusive constitution-making: the Iceland experiment. *Journal of Political Philosophy*, v. 23, n. 2, p. 166-191, 2015.
- LEMIEUX, Vincent; OUIOMET, Mathieu. *Análise estrutural das redes sociais*. 2. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012.
- LÉVY, Pierre. *Ciberdemocracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Perspectivas e tendências atuais do Estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- LUZ, Nuno et al. Defining human-machine micro-task workflows for constitution making. In: KAMIŃKI, Bogumił et al. (Ed.). *Outlooks and insights on group decision and negotiation*. Warszawa: Springer, 2015. p. 333-344.
- MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos; RIVERA, Laura Nathalie Hernandez. Democratização na era digital: desafios para um diálogo consciente e igualitário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.
- MAINIERI, Tiago; RIBEIRO, Eva Márcia Arantes Ostrosky. A comunicação pública como processo para o exercício da cidadania: o papel das mídias sociais na sociedade democrática. *Revista Brasileira de Comunicação Organizacional e Relações Públicas [Organicom]*, v. 8, n. 14, p. 50-61, 2011.
- MARQUES, Francisco P. J. Almeida; AQUINO, Jakson Alves de; MIOLA, Edna. Parlamentares, representação política e redes sociais digitais: perfis de uso do Twitter na Câmara dos Deputados. *Opinião Pública*, v. 20, n. 2, p. 178-203, 2014.
- MARRAFON, Marco Aurélio. Os intérpretes e a tradução da Constituição: duplicidade do *logos* e *bricolage* na construção do sentido normativo. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 315-334.
- MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.
- MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Hermenêutica constitucional e*

direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MONAGHAN, Joseph. Social networking websites' liability for user illegality. *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law*, v. 21, p. 499-532, 2011.

MORAIS, Jose Luiz Bolzan et al. Por uma tradução democrática do Direito: jurisdição constitucional e participação cidadã. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 197-220.

MORETZSOHN, Sylvia Debossan. O mundo "divertido": o fetiche da internet e a mobilização política nas redes sociais. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, v. 1, n. 2, p. 310-327, 2012.

NEVES, Maria Amélia Carreira das. *Semiótica linguística e hermenêutica do texto jurídico*. 2. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012.

NEWMAN, Abraham; ZISMAN, John. Transforming politics in the digital era. In: NEWMAN, Abraham; ZISMAN, John (Ed.). *How revolutionary was the digital revolution?* Stanford: Stanford Business Books, 2006. p. 391-413.

NINET, Antoni Abat i; TUSHNET, Mark. *The arab spring*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015.

O'REILLY, Tim. What is web 2.0: design patterns and business models for the next generation of software. *Communications & Strategies*, n. 1, p. 17-37, 2007.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PINHO, José Antonio Gomes de. Sociedade da informação, capitalismo e sociedade civil: reflexões sobre política, internet e democracia na realidade brasileira. *Revista de Administração de Empresas*, v. 51, n.1, p. 98-106, 2011.

POSSAMAI, Ana Júlia. *Democratização do Estado na era digital: e-participação no ciclo de políticas públicas*. 2011. Dissertação (Mestrado), UFRGS, Rio Grande do Sul, 2011.

POST, Robert C. Theorizing disagreement: Reconceiving the relationship between law and politics. *California Law Review*, v. 98, p. 1319-1350, 2010.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Democratic Constitutionalism. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. *The Constitution in 2020*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 25-34.

PRENSKY, Marc. Digital natives, digital immigrants. *On the Horizon*, v. 9, n. 5, p. 1-6, 2001.

QUAN-HAASE, Anabel; WELLMAN, Barry. How does the internet affect social capital? In: HUYSMAN, Marleen; WULF, Volker. *Social capital and information technology*. Cambridge: MIT Press, 2004. p. 113-131.

RODRIGUES, Ruben. Privacy on social networks: norms, markets and natural monopoly. In: LEVIMORE, Saul; NUSSBAUM, Martha C. (Ed.). *The offensive internet: speech, privacy and reputation*. Cambridge: Harvard University Press, 2010. p. 237-256.

SÁNCHEZ, Diego Álvarez; GIMILIO, David Pardo; ALTAMIRANO, Jorge Isnardo. Crowdsourcing: a new way to citizen empowerment. In: GARRIGOS-SIMON, Fernando J. et al. (Ed.). *Advances in crowdsourcing*. London: Springer, 2015. p. 73-86.

SAUNDERS, Cheryl. Constitution-making in the 21st century. *International Review of Law*, v. 4, 2012.

SHAH, Dhavan V.; KWAK, Nojin; HOLBERT, R. Lance. "Connecting" and "Disconnecting" with civic life: patterns of internet use and the production of social capital. *Political Communication*, v. 18, n. 2, p. 141-162, 2001.

SORJ, Bernardo; GUEDES, Luis Eduardo. Exclusão digital: problemas conceituais, evidências empíricas e

políticas públicas. *Novos Estudos*, n. 72, p. 101-117, 2005.

STRAUSS, David A. *The living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010.

TAVARES, André Ramos. Reflexões sobre a legitimidade e as limitações do poder constituinte, da Assembleia Constituinte e da competência constitucional reformadora. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 21, p. 221-238, 1997.

TSESIS, Alexander. Footholds of constitutional interpretation. *Texas Law Review*, v. 91, n. 7, p. 1596-1607, 2013.

TUSNHET, Mark. Constitution-making: an introduction. *Texas Law Review*, v. 91, n.7, p. 1983-2013, 2013.

URBINA, Francisco Zúñiga. Nueva Constitución para Chile. Las “bases” y las nuevas ideas político-constitucionales. *Revista de Derecho Público*, n. esp., p. 25-40, 2014.

VALLE, Vanice Regina Lirio (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lirio et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010.

VALLE, Vanice Regina Lirio et al. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VALTYSSON, Bjarki. Democracy in disguise: the use of social media in reviewing the Icelandic Constitution. *Media, Culture & Society*, v. 36, n. 1, p. 52-68, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 8, p. 441-464, 2008.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Marco civil da internet e política pública de transparência: uma análise da e-democracia e do compliance público

Internet civil framework and public policy for transparency: an analysis of e-democracy and public compliance

Juliana Costa Zaganelli

Wallace Vieira de Miranda

Marco civil da internet e política pública de transparência: uma análise da e-democracia e do *compliance* público*

Internet civil framework and public policy for transparency: an analysis of e-democracy and public compliance

Juliana Costa Zaganelli**

Wallace Vieira de Miranda***

RESUMO

O presente artigo se propõe a analisar em que medida o *compliance* público se revela efetivo no combate à malversação dos recursos públicos. Como método, será utilizada a abordagem dialética, sendo fundamental para sistematizar os objetivos por meio da tese-antítese-síntese. Nesse ínterim, o cenário das políticas públicas no Brasil será contextualizado, de modo a evidenciar a Lei nº 12.965/2014, mais conhecida como o Marco Civil da *Internet*, por representar uma “quebra” de paradigma na realidade brasileira. Posteriormente, o modelo de e-democracia será apresentado, detalhando as medidas existentes em prol da transparência pública e do controle social, como a Lei de Acesso à Informação, a Política Nacional de Dados Abertos, o Portal e-Democracia e o Gabinete Digital. Por fim, o estudo se ocupará em analisar a efetividade do *compliance* público como instrumento de transparência para promover o controle social e minimizar riscos ao Erário.

Palavras-Chave: Política Pública. *Compliance*. Marco Civil da *Internet*. Transparência. Controle Social. E-Democracia.

ABSTRACT

This article proposes to analyze the extent to which public compliance is effective in combating misuse of public resources. As a method, the dialectical approach will be used, being fundamental to systematize the objectives through thesis-antithesis-synthesis. In the meantime, the public policy scenario in Brazil will be contextualized, in order to highlight Law n. 12.965/2014, better known as the Civil Internet Framework, as it represents a paradigm “break” in the Brazilian reality. Subsequently, the e-democracy model will be presented, detailing existing measures for public transparency and social control, such as the Access to Information Law, the National Open Data Policy, the e-Democracy Portal and the Digital Office. Finally, the study will focus on analyzing the effectiveness of public compliance as an instrument of transparency to promote social control and minimize risks to the Treasury.

* Recebido em 31/10/2017
Aprovado em 22/11/2017

** Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais e Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). cursou um período da Faculdade de Direito pela Universidad Castilla La-Mancha (Cuenca, Espanha), por conta de um convênio bilateral entre a FDV e a UCLM. Estudou Direito Internacional Privado e participou no Doctoral Networking Sessions pela The Hague Academy of International Law. Membro do Grupo de Estudos, Pesquisas e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética (FDV). Email: julianazaganelli@gmail.com

*** Bacharel em Ciências Contábeis pela Faculdade Pitágoras – Campus Guarapari. Graduando em Direito pelo Centro Universitário do Espírito Santo (UNESC). Email: waliem.vieira@gmail.com

Keywords: Public Policy. Compliance. Civil Landmark of the Internet. Transparency. Social Control. E-Democracy.

1. INTRODUÇÃO

O descompasso entre a aplicação do direito e os desvios presentes no atual cenário político consubstanciado, principalmente, pela corrupção, resulta em uma constante desconfiança e preocupação no que tange as garantias de direitos fundamentais. Nesse sentido, a disponibilização de informações públicas torna-se imprescindível para viabilizar o controle social pelos cidadãos e minimizar a malversação dos recursos públicos.

Por esse motivo, em 2000, foi desenvolvido o Programa Governo Eletrônico (E-Gov) para ampliar e difundir as funções governamentais na *internet*, de modo a permitir uma atuação em conjunto com a sociedade e, promover, assim, a eficiência e a transparência. A introdução de tais práticas, portanto, começa a se apresentar como um catalisador em prol de mudanças estruturais do governo. O Comitê Executivo de Governo Eletrônico (CEGE), a partir de então, estabeleceu diretrizes e medidas relacionadas a essa nova dinâmica de interação que, futuramente, produziriam resultados na perspectiva de dentre outras iniciativas: i) a definição de padrões; ii) a normatização; iii) a articulação da integração de serviços eletrônicos; iv) a criação de infraestruturas e; v) a implementação de práticas de gestão do conhecimento.

Em relação a essa mesma linha de iniciativas, a Controladoria Geral da União (CGU)¹, seguindo os padrões internacionais, coordenou o programa e presidiu o primeiro encontro de debates sobre o tema como a “Parceria para Governo Aberto” (OGP). Consequentemente, em 15 de setembro de 2011 foi instituído o chamado Plano de Ação Nacional sobre Governo Aberto que, dentre as diretrizes anteriormente estabelecidas, visava o engajamento entre a sociedade e o governo, de forma a construir e executar ações norteadas, principalmente, pelos princípios da transparência, da responsabilidade, da inovação e da *accountability*².

Inclusive, no art. 2º do Decreto s/nº de 2011, foram estabelecidos os seguintes propósitos³: i) aumento da transparência; ii) aprimoramento da governança pública; iii) acesso às informações públicas; iv) prevenção e combate à corrupção; v) melhoria da prestação de serviços públicos e da eficiência administrativa e; vi) fortalecimento da integridade pública.

As medidas estabelecidas pelo referido plano, com a utilização de ferramentas eletrônicas por meio da rede mundial de computadores desencadearam uma série de outras medidas de cunho legislativo, sob a ótica de aperfeiçoamento de políticas públicas de transparência. Exemplo disso é o Plano de Ação Nacional sobre Governo Aberto, a Lei de Acesso a Informação (Lei nº 12.527/2011), ou mesmo políticas de disponibilização e tratamento de dados e privacidade, como as estabelecidas pelo Marco Civil da *Internet* (Lei nº 12.965/2014).

Por esse motivo, o presente artigo se propõe a analisar em que medida o *compliance* público, enquanto política de transparência e controle social, se revela efetivo no combate à malversação dos recursos públicos.

Nesse interim, primeiramente, o presente trabalho irá contextualizar o processo histórico-social das políticas públicas no Brasil, visando apresentar o Marco Civil da *Internet* como “quebra” de paradigma na

1 ARAUJO, Danilo Barreto de et al. Dados Governamentais Abertos como Ferramenta de Participação e Aproximação entre Governo e Sociedade. *VII Congresso CONSAD de Gestão Pública*. Brasília. mar. 2014. p. 5. Disponível em: <<http://banco.consad.org.br/handle/123456789/1077>>. Acesso em: 8 out. 2017.

2 BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. *3º Plano de Ação Nacional*. Disponível em: <http://www.governoaberto.cgu.gov.br/noticias/2017/3o-plano-de-acao-nacional-na-parceria-para-governo-aberto/plano_port_web-3.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2017.

3 BRASIL. *Decreto s/n., de 15 de setembro de 2011*. Plano de Ação Nacional sobre Governo Aberto. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/dsn/dsn13117.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

sociedade brasileira. Em um segundo momento, serão analisadas as ferramentas existentes para o efetivo exercício do controle social no país, de forma a abordar, dentre outros, a Política Nacional de Dados Abertos, o Portal e-Democracia, o Gabinete Digital e a Lei de Acesso à informação (Lei nº 12.527/11). Por fim, será analisado em que medida o *compliance* público contribui para a efetividade das medidas de acesso às informações para o exercício do controle social no combate à malversação dos recursos públicos.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS E O MARCO CIVIL DA INTERNET

A definição do termo políticas públicas não é pacificado e assume diversas linhas de classificação no campo da sociologia e da ciência política. No que diz respeito ao caráter de intervenção, isto é, quanto ao aspecto político, entende-se como política pública⁴, a forma com que o estado intervém em determinados setores almejando atender demandas sociais.

Sob a ótica do Estado Liberal, rompia-se com o absolutismo e sua peculiaridade estava em relação a intervenção mínima do Estado, principalmente, no que diz respeito a liberalidade econômica⁵. Enquanto no modelo de Estado Social, consagrado na Constituição de Weimar de 1919, o Estado intervinha no modelo econômico por meio da política, para fins de transformação e promoção social⁶.

Na Europa, as políticas públicas apresentavam-se como o resultado de estudos teóricos explicativos. Já nos Estados Unidos, esse conceito consistiu em uma análise efetiva das ações de governos e não apenas como uma explicação teórica acerca do papel do Estado e de sua governabilidade⁷. Exemplo disso foi o *New Deal*, o qual se concretizou por meio de programas de políticas públicas implementados por Roosevelt pós-crise econômica de 1929⁸.

Atualmente, a conceituação de políticas públicas e sua aplicabilidade está relacionada a um conjunto de ações de forma estratégica, que suporta as decisões de intervenção do Estado sobre determinado tema. Maria das Graças Rua entende que “o conceito de política pública geralmente envolve mais do que uma decisão e requer diversas ações estrategicamente selecionadas para implementar decisões tomadas”⁹. Já para Eduardo Appio:

[...] as políticas públicas são programas de intervenção estatal a partir de “sistematizações” de ações do Estado, voltadas a consecução de determinados fins setoriais ou gerais, baseadas na articulação entre sociedade, o próprio Estado e o mercado [...].¹⁰

4 APPIO, Eduardo Fernando. *O Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Florianópolis: Universidade de Santa Catarina, 2004. p. 214.

5 CENCI, Ana Righi et al. Do liberalismo ao intervencionismo: o estado como protagonista da (des)regulação econômica. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 3, n. 4, 2017. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/ojs/index.php/ABDConts1/article/view/33>>. Acesso em: 26 out. 2017. [...] A principal característica do liberalismo é a defesa do Estado mínimo, ou seja, a idéia de que o Estado deve intervir o mínimo possível deixando à “mão invisível do mercado” a regulamentação das relações econômicas [...]

6 CENCI, Ana Righi et al. Do liberalismo ao intervencionismo: o estado como protagonista da (des)regulação econômica. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 3, n. 4, 2017. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/ojs/index.php/ABDConts1/article/view/33>>. Acesso em: 26 out. 2017. [...]. Destarte a constituição de Weimar possui grande importância histórica, pois inaugurou os direitos econômicos sociais por meio do constitucionalismo social, bem como em decorrência de ser precursora das constituições econômicas, preocupadas em alterar o modelo econômico vigente, entregando ao Estado a incumbência de decidir sobre as questões de política econômica [...]

7 SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, v. 8, n. 16, jul./dez. 2006. p. 20-45.

8 CENCI, Ana Righi et al. Do liberalismo ao intervencionismo: o estado como protagonista da (des)regulação econômica. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 3, n. 4, 2017. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/ojs/index.php/ABDConts1/article/view/33>>. Acesso em: 26 out. 2017.

9 RUA, Maria das Graças. *Políticas públicas*. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2009. p. 130.

10 APPIO, Eduardo Fernando. *O Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Florianópolis: Universidade de Santa Catarina, 2004. p. 214.

Nesse sentido, o Estado, por meio das políticas públicas, intervém na sociedade para suprir as necessidades sociais. Por essa razão, era preciso compor a carência no que tange à regulamentação da *internet*, uma vez que, enquanto esfera de reunião e discussão, se revela uma ágora e, por ser um instrumento presente e disponível para a maioria das pessoas, se propõe a exercer um papel fundamental na garantia de direitos.

A *internet* sinaliza, portanto, um recinto que oportuniza a acessibilidade e à utilização de canais de debates que envolvem cidadãos de norte a sul do país. Nesse sentido, para promover a cidadania e evitar disfunções em seu uso, era necessário a elaboração de um marco regulatório que pudesse comportar, dentre outras questões, a liberdade de expressão, a privacidade e a segurança.¹¹

Assim, em meados dos anos 90, a regulamentação da *internet* começou a ser pauta de discussão no Congresso Nacional e foi apresentado o Projeto de Lei (PL) nº 84/99, de autoria do Senador Eduardo Azeredo e que, por esse motivo, também levava o nome de Lei Azeredo. Contudo, esse projeto foi duramente criticado por possuir um caráter sancionador, incriminador e não discutir em sua gênese o prisma dos direitos fundamentais¹².

Devido às fortes críticas em torno do PL, em 2009 durante o X Fórum Internacional de *Software Livre*, o presidente Luís Inácio Lula da Silva propôs a criação de um “Marco Civil na *Internet*” no Brasil, mediante consulta e participação popular¹³. Essa iniciativa consistia em disponibilizar mecanismos de plataformas *online*¹⁴ para que os cidadãos pudessem contribuir para a construção de uma regulamentação sobre o assunto. Sob a égide dos direitos fundamentais, tais contribuições começaram a ser operacionalizadas na prática, de modo a fomentar, também, a discussão acerca do caráter sancionatório do projeto.

A partir de então, o Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas (CTS/FGV) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) assumiram o protagonismo, e foram pioneiros na elaboração em um anteprojeto de políticas públicas sobre esse tema no Brasil. Entre os anos de 2009 e 2010, por meio da colaboração de atores sociais, para a divulgação e o engajamento de entes públicos, foi criado o sítio eletrônico “<http://culturadigital.br/marcocivil>” visando ao engajamento da sociedade civil, com o intuito de incentivar os cidadãos a contribuírem e a opinarem acerca do referido projeto. Nessa época, a manifestação deveria ocorrer em duas fases: na primeira, era preciso sugerir quais princípios deveriam ser estabelecidos no dispositivo, já na segunda, seriam realizadas propostas gerais acerca do novo projeto a ser criado¹⁵.

Além do sítio eletrônico disponível, foram realizados debates e audiências públicas em relação ao tema que, após a compilação dos dados e sua devida apuração por membros da Secretaria Legislativa do Ministério da Justiça e do CTS/FGV, foi elaborado um novo projeto de Lei, o qual foi encaminhado para o Congresso Nacional e, posteriormente, sancionado pela Presidente Dilma Rousseff.¹⁶

Para Machado e Rivera, a criação do referido Marco Regulatório promoveu a participação social e a inclusão digital, tendo em vista o envolvimento de variados grupos sociais com opiniões distintas, concentrados em um único instrumento, a *internet*.¹⁷

11 MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político – democrático*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 165.

12 MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político – democrático*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 165.

13 MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político – democrático*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 166.

14 MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político – democrático*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 167.

15 MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político – democrático*. Curitiba: Juruá, 2014. p.167.

16 MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político – democrático*. Curitiba: Juruá, 2014. p.168.

17 MACHADO, Raquel C.R; RIVERA, Laura N.H. *Democratização na era digital: desafios para um diálogo consciente e igualitário*. in Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 7, n. 3, 2017.

Assim, o Marco Civil da *Internet*, nome popularmente atribuído à Lei nº 12.965/14, se insurgiu como uma “quebra” de paradigma, uma vez que promoveu ainda mais inclusão e engajamentos a respeito do tema e dos direitos e deveres que o envolvem.¹⁸ A partir disso, foram estabelecidos princípios, garantias, direitos e deveres no uso da *internet* no Brasil, seja no âmbito dos direitos fundamentais ou das garantias principiológicas próprias, como o princípio da neutralidade de rede¹⁹, o qual visa inibir a limitação ou a segregação de serviços a serem prestados pelos provedores, respeitando a possibilidade de oferta de pacotes diversos do ponto de vista econômico e negocial.

Nesse sentido, a prática da chamada “Boa Governança” pela Administração Pública se insere nesse contexto, uma vez que invoca procedimentos éticos para evitar a má gestão e minimizar os riscos existentes. O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) conceituou da seguinte forma:

Governança Corporativa é o sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre proprietários, conselho de administração, diretoria e órgãos de controle. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, facilitando seu acesso ao capital e contribuindo para a sua longevidade.²⁰

Tendo em vista a concepção adotada pelo *International Federation of Accountants* (PSC/IFAC), a Governança Corporativa se baseia nos seguintes princípios:

- a) Transparência – serve para garantir que as partes interessadas possam ter confiança na tomada de decisões e nas ações das entidades do setor público, na gestão de suas atividades e nos gestores.
- b) Integridade – baseia-se na honestidade (retidão) e objetividade, e elevados padrões de decência e probidade na gestão dos fundos públicos e dos assuntos de uma entidade. É dependente da eficácia da estrutura do controle e dos padrões de profissionalismo.
- c) Accountability – é o processo através do qual as entidades e os gestores públicos são responsabilizados pelas próprias decisões e ações, incluindo o trato com os recursos públicos e todos os aspectos de desempenho, e submetem-se ao exame minucioso de um controle externo.²¹

A inovação e as peculiaridades do marco regulatório relaciona-se, diretamente, com a proteção da rede e sua evolução como ferramenta de governança²² e, por esse motivo, os alicerces da referida lei são baseados na : i) liberdade e privacidade; ii) governança democrática e colaborativa; iii) universalidade; iv) diversidade; v) inovação; vi) neutralidade da rede; vii) inimutabilidade da rede; viii) funcionalidade, segurança e estabilidade; ix) padronização e interoperabilidade; x) ambiente legal e regulatório.

A relação entre o governo e o cidadão, consistirá na interdependência de um serviço público integrado e acessível, bem como a proteção e a aceitabilidade do usuário em dispor e compartilhar, inclusive seus próprios dados²³.

Portanto, a *internet*, enquanto ágora, se apresenta como um motor elementar para a promoção de políticas públicas, uma vez que, primando pela transparência, possibilita o efetivo exercício do controle social ao

18 MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político – democrático*. Curitiba: Juruá, 2014. p.165

19 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Marco civil da internet entra em vigor*. 2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camara-noticias/noticias/COMUNICACAO/470674-MARCO-CIVIL-DA-INTERNET-ENTRA-EM-VIGOR.html>>. Acesso em: 12 out. 2017.

20 INSTITUTO Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 4. ed. São Paulo: IBGC, 2009. p. 20. Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/userfiles/2014/files/codigoMP_5edicao_web.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

21 INTERNATIONAL Federation of Accountants – PSC/IFAC. Study 13. *Governance in the Public Sector: a Governing Body Perspective*. 2001. p. 12. Disponível em: <<https://www.ifac.org/publications-resources/study-13-governance-public-sector>>. Acesso em: 12 out. 2017.

22 CGI. *Resolução Comitê da Internet no Brasil CGL.br*. 2009. Disponível em: <<https://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003>>. Acesso em: 16 out. 2017.

23 VARELLA, Marcelo D. et al. Salto Digital nas políticas públicas: oportunidade e desafios. in *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

permitir a celeridade no envio de informações públicas aos cidadãos.

2. E-DEMOCRACIA: FORMAS DE EXERCÍCIO DO CONTROLE SOCIAL E TRANSPARÊNCIA PÚBLICA

Com a regulamentação do Marco Civil da *Internet*, o desenvolvimento de novas tecnologias e ferramentas digitais se tornaram mecanismos de engajamento democrático e participação política. A essa participação democrática por meios de comunicação eletrônicos é dado o nome de “e-democracia” ou “democracia eletrônica”²⁴. Nesse diapasão, a utilização da *internet* como condão de controle social é analisada do ponto de vista institucional, pois é o Estado que proporciona os meios para a consecução da participação, da fiscalização e do engajamento²⁵.

A disponibilização de tais mecanismos por parte do Estado pode ser exemplificada pela criação pela Câmara dos Deputados do “Portal e-Democracia”.²⁶ Embora revestindo de característica participativa, resguarda resquícios de discricionariedade, como a limitação de temas e o estabelecimento de critérios da matéria discutida que são definidos: i) quanto ao potencial engajamento de parlamentares na discussão; ii) a viabilidade da discussão do tema em ambientes digitais e; iii) a necessidade de configurar assuntos politicamente relevantes no contexto político e social daquela época.

Outra iniciativa advinda pelo Governo Federal, como desdobramento da e-democracia institucional, que dá ao cidadão a possibilidade de influir sobre as tomadas de decisões do governo, ou na elaboração de suas normas, é a do Gabinete Digital²⁷. Esse canal de participação em parceria com outras entidades governamentais, como o Ministério de Planejamento e o Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO), proporcionaram o aprimoramento do Portal Brasil que possui, dentre suas características, fomentar a: i) informação; ii) serviços; iii) transparência; iv) dados abertos; v) aplicativos e; vi) identidade visual.

Além disso, outro ponto importante no que tange à aplicabilidade efetiva de participação social/democrática é a Lei de Acesso a Informação (Lei nº 12.527/2011)²⁸ que regula o acesso a dados públicos de caráter federal, estadual e municipal. De acordo com o art. 1º, parágrafo único, estão subordinados basicamente: i) os órgãos públicos integrantes da Administração Direta; ii) as autarquias; iii) as fundações públicas; as empresas públicas e; iv) as sociedades de economia mista.

Consequentemente, todos esses atores devem assegurar o disposto na legislação para possibilitar o efetivo controle pela população. Nesse sentido, deve dispor acerca das contratações, das despesas, das receitas, enfim, de todas as informações públicas. No entanto, o mero depósito de dados não oferece o acesso, ao contrário, apresenta que os atores envolvidos não estão cumprindo com a legislação. Isso porque o cidadão, conforme a Lei nº 12.527/11, deve encontrar o que deseja de forma clara e fácil para que consiga, efetivamente, exercer o controle.

Além do dever imposto pela Lei nº 12.527/11, no que tange à divulgação dos dados, caso estes não sejam encontrados, é dever do ente apresentar um campo de requerimento para que o cidadão consiga exercer sua fiscalização e encontre sua informação em até vinte dias corridos. Esse local chama-se Serviço de Informa-

24 MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político – democrático*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 21.

25 MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político – democrático*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 64

26 MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político – democrático*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 70-71;75.

27 MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político – democrático*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 75-76.

28 BRASIL. *Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Lei de Acesso à Informação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

ção ao cidadão (SIC) e deve ser disponibilizado de forma eletrônica e presencial.

Por esse motivo, a legislação de acesso à informação consagra duas vertentes da transparência pública, a ativa e a passiva²⁹. A transparência ativa se refere às informações disponibilizadas periodicamente pelos órgãos públicos, enquanto, na transparência passiva, dispõe um meio para que o cidadão possa requerer e encontrar as informações que almeja. Zuccolotto et. al. explica que:

[...] A transparência ativa consiste na difusão periódica e sistematizada de informações sobre a gestão estatal. Resulta de ações voluntárias dos gestores públicos ou de obrigações legais impostas aos órgãos do Estado, determinando que sejam publicadas informações necessárias e suficientes para que a sociedade possa avaliar o desempenho governamental [...] a transparência passiva por sua vez refere-se à obrigação do Estado em conceder a todos os cidadãos que o requeiram o acesso tempestivo aos documentos oficiais, salvos aqueles que estiverem legalmente protegidos por motivo de segurança nacional, investigação pública, direito de terceiros, etc [...].³⁰

Nota-se, assim, que a Lei nº 12.527/11 obriga tanto a transparência ativa quanto a passiva por parte dos atores envolvidos, todavia, a legislação de acesso à informação possui alguns problemas quanto à sua efetividade, pois, ainda, está sendo lentamente implementada. Exemplo disso é a não apresentação do SIC por parte de alguns atores no sítio eletrônico destes, a não disponibilização de todos os contratos celebrados ou, até mesmo, o não cumprimento do prazo de vinte dias de resposta imposto pela lei.

Outro destaque é a Política Nacional de Dados Abertos, instituída pelo Decreto nº 8.777 de maio de 2016,³¹ enquanto ação efetiva e política pública voltada para publicidade de dados relevantes para os cidadãos. De acordo com o inciso VI do art. 2º da Instrução Normativa nº 4/12, entende-se como política de dados abertos: aqueles elementos públicos representados por meio digital e estruturados em formato aberto, devendo ser processáveis por máquina e referenciados na rede mundial de computadores, disponibilizados sob licença aberta que permita sua livre utilização, consumo e cruzamento³².

Tal política corrobora as diretrizes sobre meios eletrônicos e outras legislações de promoção de transparência, tais como³³: i) a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) que em seu art. 48 prevê meios eletrônicos como mecanismos de transparência; ii) o Decreto s/n.º, de 15 de setembro de 2011, (Plano de Ação Nacional sobre Governo Aberto), que estabelece o compromisso do governo, no que tange a Infraestrutura Nacional de Dados Abertos (INDA); iii) a Instrução Normativa nº 4, de 13 de abril de 2012, a qual cria a INDA e estabelece dentre outros conceitos, os referentes a informação pública, ao formato aberto, a licença aberta; iv) o Plano de Ação da INDA que institui a necessidade de os órgãos instituírem seus respectivos Planos de Abertura de Dados com vistas a uma Política Nacional de Dados Abertos e; v) o Plano de Ação Nacional sobre Governo Aberto (*Open Government Partnership* – OGP), de setembro de 2011 (Dec. s/n.º de 15/09/2011) que em 2013, estabeleceu novos compromissos (2º Plano de Ação).

Cabe ressaltar que essa Infraestrutura Nacional de Dados Aberto (INDA) é composta por vários órgãos administrativos, governamentais, administrativos e sociais, que subsidiam a implementação de programas de transparência por meio dos dados abertos. Sendo assim, a formação do comitê gestor que a gerencia se dá na

29 POSSAMAI, Ana Julia. *Dados Abertos no Governo Federal Brasileiro: Desafios de Transparência e interoperabilidade*. 2016. Programa de Pós-Graduação em Ciências Políticas, UFRS – Instituto Filosofia e Ciências Humanas, Porto Alegre, 2016. p.146.

30 ZUCCOLOTTO, Robson et al. Transparência: reposicionando o debate. *Revista Contemporânea de Contabilidade*, v. 12, n. 25, p. 137-158, 2015. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/762/76238832007.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

31 BRASIL. *Decreto nº 8.777, de 11 de maio de 2016*. Institui a Política de Dados Abertos do Poder Executivo Federal. Brasília, DF. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8777.htm>. Acesso em: 5 out. 2017.

32 BRASIL. *Instrução Normativa nº 4 de 12 de abril de 2012*. Institui a Infraestrutura Nacional de Dados Abertos - INDA. Disponível em: <<http://dados.gov.br/pagina/instrucao-normativa-da-inda>>. Acesso em: 30 out. 2017.

33 BRASIL. Ministério da Transparência, *Fiscalização e Controle – Plano de Dados Abertos 2016-2017*. Brasília, DF. p. 5. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/dados-abertos/plano-de-dados-abertos-da-cgu/arquivos/plano-de-dados-abertos-mtfc.pdf>. Acesso em: 8 out. 2017.

seguinte forma³⁴: i) o Ministério da Ciência; ii) a Tecnologia e Inovação; iii) a Secretaria Geral do Presidente da República; iv) a Casa Civil do Presidente da República; v) a Academia, vi) a Sociedade Civil; vii) o IBGE; viii) o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; ix) o Ministério da Saúde; x) o Ministério da Educação; xi) o Ministério do Planejamento e Gestão e; xii) a Controladoria Geral da União.

Nessa conjuntura, a Política Nacional de Dados Abertos se revela também uma ferramenta de transformação do quadro democrático em prol de uma gestão moderna promotora da transparência, do controle e da eficiência pública. Para Varella et al, esta política interage da seguinte forma:

Na relação com a sociedade, considerando-se a importância do uso e do tratamento de dados para a economia digital, e que parcela significativa desses dados são armazenados pelo governo, uma política efetiva de dados abertos permite sinergia entre os cidadãos e a administração pública em busca de melhores soluções para os problemas sociais. Para o Estado, tal política pode incentivar transparência e prestação de contas e melhorar a eficiência e a efetividade do gasto público, por meio de cruzamento de dados, identificação de fraudes e de corrupção e refinamento da análise do contexto social sobre o qual o governo tenciona agir.³⁵

Nesse sentido, conforme exposto acima, apesar de inúmeras os mecanismos que clamam pela promoção dos referenciais democráticos, há obstáculos no que tange a efetiva implementação. Exemplo disso, é a inadequada disponibilização dos dados públicos, tal como preconiza a Lei de Acesso à Informação, que inviabiliza o efetivo controle social.

A consciência e vontade política são cruciais para a incorporação e a execução das medidas mencionadas. Mas, sobretudo, a ampliação do arco governamental por meio da *internet* simboliza uma mudança catalizadora da realidade social. Por essa razão, o *compliance* será analisado como um meio hábil que fomenta um ambiente atrelado em bases transparentes e transmuta a cultura institucional, de modo a incentivar o estabelecimento de padrões de *accountability* e eficiência na Administração Pública.

3. COMPLIANCE PÚBLICO E TRANSPARÊNCIA: UMA ANÁLISE ACERCA DA EFETIVIDADE DAS MEDIDAS DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES PÚBLICAS PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE SOCIAL NO COMBATE À MALVERSAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS

Manifestações, impeachment, mensalão, lava-jato são palavras que remetem, sempre, à corrupção. Nos últimos anos, inúmeros escândalos assolam o Brasil e provocam debates acerca das eventuais medidas que possam mitigar a malversação dos recursos públicos.

Nos Estados Unidos, no ano de 1977, o caso *Watergate* culminou na renúncia do presidente Richard Nixon e o Senado americano aprovou a *Foreign Corrupt Practices Act* ou, simplesmente, a FCPA.³⁶ Essa legislação americana serviu como exemplo de implementação mundial no combate à corrupção nas relações contratuais entre Estado e organizações empresariais ao objetivar combater a corrupção transnacional, por meio do *compliance*.³⁷

Diante disso, o termo passou a ser evidenciado como uma prevenção contra atos desviantes. Originado

34 ARAUJO, Danilo Barreto de et al. Dados Governamentais Abertos como Ferramenta de Participação e Aproximação entre Governo e Sociedade. *VII Congresso CONSAD de Gestão Pública*. Brasília. mar. 2014. p. 5. Disponível em: <<http://banco.consad.org.br/handle/123456789/1077>>. Acesso em: 8 out. 2017.

35 VARELLA, Marcelo D. et al. Salto Digital nas políticas públicas: oportunidade e desafios. in *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

36 ARAÚJO, Bruno Soares Santos. *A Lei 12.846/13 e os incentivos aos mecanismos de compliance: uma análise da lei federal e seus regulamentos*. 2016. 68 f. Monografia (Bacharelado em Direito). - Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <<http://bdm.unb.br/handle/10483/16263>>. Acesso em: 30 out. 2017.

37 FCPAMÉRICAS. *Compliance*. Disponível em: <<http://fcpamericas.com/languages/portugues/compliance/>>. Acesso em: 13 out. 2017.

do verbo inglês *to comply*, ou seja, de acordo com algum comando, para Coimbra e Manzi, significa “o ato de cumprir, de estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório/legal”.³⁸

Embora o Brasil tenha sancionado dentre outras, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), a Lei da Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98), apenas a partir de 2013 o termo *compliance* começou a ser mais difundido. Na esteira do combate à corrupção, da adoção de política de boas práticas e diretrizes de: i) transparência — para confiança na tomada de decisões; ii) de integridade — quanto a honestidade, a objetividade, a decência e a probidade e; iii) de *accountability* — como processo de responsabilização sobre as decisões e ações dos gestores públicos.

Sobre esse aspecto, dois dispositivos legais se relacionam: a Lei Anticorrupção nº 12.846/13³⁹, que, em seu primeiro artigo, retrata a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública. E a Lei nº 13.303/16⁴⁰, a qual define o estatuto jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista nos âmbitos federais, estaduais e municipais.

Na Lei Anticorrupção, embora não seja possível encontrar, expressamente, a terminologia *Compliance*, nota-se que há um incentivo para a criação de “mecanismos e procedimentos internos de integridade e auditoria”. Além disso, a referida lei estimula a prática da denúncia frente a irregularidades em prol da ética no âmbito da pessoa jurídica. Para isso, de modo a compilar os procedimentos diante das situações que norteiam o cotidiano de uma empresa, a Lei Anticorrupção determina ser indispensável a elaboração de um código de conduta.

A aplicação efetiva de tais programas de integridade consubstanciado por meio de um código de conduta delineado visa demonstrar aos colaboradores e àqueles agentes que estão no ambiente da empresa a seguir sempre os padrões determinados e baseados na ética.

Inclusive, tais medidas repercutem na mitigação das sanções em caso de eventuais condenações, uma vez que a aplicação efetiva de programas de integridade gera um ambiente mais probo e com menos riscos de desvios e irregularidades. O Decreto nº 8.240/2015 que regulamenta a Lei Anticorrupção determina, em seu art. 18, que, em caso de multa, o valor será subtraído de um a quatro por cento quando a pessoa jurídica comprovar a implantação de um programa de integridade (*compliance*).

Assim, a Lei Anticorrupção, grosso modo, visa combater as irregularidades e os desvios, principalmente, em relação às tratativas negociais entre o setor público e privado, de modo a estabelecer uma cultura baseada em condutas éticas. Os principais pontos de aplicação e responsabilização na referida lei foi adotar⁴¹: i) a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica em geral (art. 2.º); ii) a responsabilidade subjetiva para administradores (art.3.º); iii) a ampliação do rol de condutas lesivas à Administração Pública nacional (art. 5.º); iv) o estabelecimento do rito do processo administrativo de apuração da responsabilidade das pessoas jurídicas (arts. 8.º a 13); v) a possibilidade de celebração de acordo de leniência (art.16); vi) a inclusão da Administração Pública estrangeira (arts. 5.º e 28); vii) a possibilidade de descon sideração da personalidade jurídica para reparação de danos (art. 14) e; viii) o procedimento específico para a quantificação do dano causado à Administração Pública (art. 13).

38 COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.

39 BRASIL. *Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013*. Responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

40 BRASIL. *Lei nº 13.303 de 30 de junho de 2016*. Estatuto jurídico de empresas públicas, sociedade de economia mista e suas subsidiárias, no âmbito federal, estadual, distrito federal e município. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.

41 PUMAR, Simone Maciel. Premências da Lei Anticorrupção 12846/2013 na Gestão Empresarial. In: X CONGRESSO NACIONAL DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO. Rio de Janeiro. *Anais X CNEG*. 2014. Disponível em: <http://www.inovarse.org/sites/default/files/T14_0350_1.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

Além disso, insta frisar que, conforme o art. 3º, a responsabilização da pessoa jurídica não prejudica a aplicação de sanções a todas as pessoas físicas envolvidas na prática da infração, de modo que tais agentes podem ser, também, responsabilizados. Por essa perspectiva, nota-se que, embora a Lei Anticorrupção trate da contratação do setor público-privado, acaba por respaldar e se preocupar mais com as questões que nor-teiam o campo privado.

Diante disso, nessa mesma linha preventiva e de combate à corrupção, foi sancionada a Lei nº 13.303/16. Esse dispositivo legal estabelece o estatuto jurídico no que diz respeito às empresas públicas, às sociedades de economia mista e suas subsidiárias, seja nas esferas federais, estaduais e municipais. Com a mesma ver-tente principiologia de combate à corrupção, a Lei nº 13.303/16 preza pela integridade, especificamente, quanto à responsabilidade do agente estatal, estabelecendo o chamado *Compliance* Público.⁴² Assim, pode-se dizer que há maior exigência e especificidade no que tange à implementação do programa de integridade que na Lei Anticorrupção, uma vez que concede, inclusive, um prazo de dois anos para que sejam realizadas as aplicações necessárias.

No que tange à criação de procedimentos internos de controle, condutas, auditorias internas, modelo de governança, gestão de riscos, o dispositivo que regulamenta tais procedimentos no âmbito federal é a Instrução Normativa Conjunta do MP/CGU nº 1 de 10 de maio de 2016.

Dentre as diversas conceituações e procedimentos de controle por ela estabelecidos, a instrução, em seu art. 2º, §1º ao conceituar *accountability*, deixa muito bem definidos pontos típicos de uma política de *compliance* público:

[...] conjunto de procedimentos adotados pelas organizações públicas e pelos indivíduos que as integram que evidenciam sua responsabilidade por decisões tomadas e ações implementadas, incluindo a salvaguarda de recursos públicos, a imparcialidade e o desempenho das organizações [...].⁴³

Com isso, a implementação de tais medidas proporciona, principalmente, no setor privado, maior ade-quação com o interesse público, uma vez que restringe práticas desviantes. Além disso, a auditoria interna, vinculada ao Conselho de Administração, é responsável por gerenciar os riscos, conferindo efetividade nos processos de governança e confiabilidade. Inclusive, em caso de irregularidades, também, são previstos os canais de denúncia que possibilitam o recebimento de informações quanto ao descumprimento das normas internas obrigacionais pelos servidores públicos ou terceiros.

Nesse sentido, o não atendimento das disposições convencionadas pelo código de conduta (que deverá ser elaborado e amplamente divulgado pela Administração Pública) também deve ser causa de denúncia, uma vez que as orientações e os procedimentos devem ser adotados com base nos valores e nos princípios, evitando conflitos de interesse e práticas de corrupção. O *Compliance* Público requer processos internos e externos quanto a observância de um modelo de governança que preze pela integridade. Por exemplo, ao observar a Lei nº 13.303/16, Claudio Coelho menciona que:

[...] o estatuto social deverá prever, ainda, a possibilidade de que a área de *Compliance* se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do Diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada. Daí também a relevância de uma Auditoria Externa, para evitar que haja qualquer irregularidade na Auditoria Interna, tornando o modelo de Gestão extremamente confiável [...].⁴⁴

42 COELHO, Claudio Carneiro Bezerra Pinto. O Compliance na Administração Pública e a LEI 13.303/16. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 3, n. 1, p. 83-103, 2017, Disponível em: <<http://www.faculdadeguanambi.edu.br/revistas/index.php/Revis-tadedireito/article/view/103>>. Acesso em: 22 out. 2017.

43 BRASIL. *Instrução Normativa nº 1, de 10 de maio de 2016*. Dispõe sobre Controles Internos, Gestão de Riscos e Governança no âmbito do Poder Executivo Federal. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instru-coesnormativas/in_cgu_mpeg_01_2016.pdf>. Acesso em: 22 out. 2017.

44 COELHO, Claudio Carneiro Bezerra Pinto. O Compliance na Administração Pública e a LEI 13.303/16. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 3, n. 1, p. 12, 2017, Disponível em: <<http://www.faculdadeguanambi.edu.br/revistas/index.php/Revis-tadedireito/article/view/103>>. Acesso em: 22 out. 2017.

A adoção de práticas e modelos de governança estão inseridas na Lei nº 13.303/16 na relação público/privado quanto a procedimentos administrativos e de mercado, que proporcionem, principalmente, a transparência como as seguintes diretrizes destinadas ao Conselho de Administração: i) elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração; ii) políticas públicas adotadas pela empresa; iii) indicadores e objetivos; iv) adequação de seu estatuto social à autorização legislativa de sua criação; v) divulgação de informações relevantes; políticas e práticas de governança corporativa; vi) ampla divulgação ao público dos modelos de governança corporativa; vii) divulgação anual de relatório integrado de sustentabilidade.

Portanto, o *Compliance* sob a ótica da Administração Pública está inserido nas adequações metodológicas que aproximam tanto a publicidade e a credibilidade de informações para o exercício do controle social quanto a efetividade no atendimento aos princípios da Administração Pública em prol da adequada aplicação e gestão de recursos públicos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário de escândalos de corrupção que assolam o Brasil foram determinantes para que medidas e alternativas de prevenção fossem estabelecidas e aprovadas. O descrédito em relação aos representantes tornou-se evidente em uma sociedade que clamava por maior transparência pública, haja vista que como a confiança estava ameaçada, cabia aos cidadãos exercerem, ainda mais, seu poder fiscalizatório para reduzir a malversação dos recursos públicos.

Nesse sentido, instrumentos como a Lei de Acesso à Informação, o Marco Civil da *Internet*, a Política Nacional de Dados Abertos, o Portal e-Democracia e o Gabinete Digital podem ser considerados uma resposta aos anseios da sociedade. Isso porque, a *internet* atualmente é considerada uma ágora, isto é, um local que possibilita a reunião de cidadãos de norte a sul do país.

Contudo, ainda há certa dificuldade no que tange à implantação do que a legislação obriga e concretiza como dever. Mas, mesmo assim, nesse sentido, com o propósito de resguardar a Administração Pública, a Lei Anticorrupção dirime uma lacuna presente no Ordenamento Jurídico brasileiro ao obrigar a adoção de práticas probas na contratação público-privado. Embora seja também uma legislação, há imposições e prevenções importantes, até mesmo do ponto de vista financeiro para o estabelecimento das diretrizes propostas.

De forma a estreitar não apenas o setor privado, a Lei 13.303/16 foi sancionada de modo a dispor acerca do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias seja em âmbito, federal, estadual ou municipal. Essa exigência se revela uma extensão da Lei Anticorrupção ao conferir critérios mais específicos que aqueles anteriormente previstos.

Assim, tais legislações apresentam e detalham a necessidade da implementação e aplicação do *compliance* ao estabelecer regras de governança corporativa, gestão e desenvolvimento de políticas claras, por meio de códigos de conduta, canais de denúncias e outros mecanismos que retratam os programas de integridade.

A iniciativa propõe a existência de um ambiente probo e dirigido pelos princípios que norteiam o direito brasileiro, encampado, principalmente, na transparência das informações públicas, na integridade, na ética, na moralidade, na legalidade, de modo a resguardar o controle também por parte dos cidadãos. Nesse sentido, o *compliance* reúne todas as propostas elencadas, pretendendo um único objetivo: a transformação do cenário político de modo a efetivar garantias constitucionais e a resguardar o patrimônio público.

Portanto, embora não seja a única alternativa e seja preciso ainda maiores empenhos, o *compliance* público contribui, positivamente, para a efetividade das medidas de acesso às informações para o exercício do controle social no combate à malversação dos recursos públicos, tendo em vista os pilares da transparência,

integridade e *accountability*, sendo esse último salutar na esfera pública.

REFERÊNCIAS

- APPIO, Eduardo Fernando. *O Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Florianópolis: Universidade de Santa Catarina, 2004.
- ARAÚJO, Bruno Soares Santos. *A Lei 12.846/13 e os incentivos aos mecanismos de compliance: uma análise da lei federal e seus regulamentos*. 2016. 68 f. Monografia (Bacharelado em Direito). - Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <<http://bdm.unb.br/handle/10483/16263>>. Acesso em: 30 out. 2017.
- ARAUJO, Danilo Barreto de et al. Dados Governamentais Abertos como Ferramenta de Participação e Aproximação entre Governo e Sociedade. *VII Congresso CONSAD de Gestão Pública*. Brasília. mar. 2014. p. 5. Disponível em: <<http://banco.consad.org.br/handle/123456789/1077>>. Acesso em: 8 out. 2017.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Marco civil da internet entra em vigor*. 2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/COMUNICACAO/470674-MARCO-CIVIL-DA-INTERNET-ENTRA-EM-VIGOR.html>>. Acesso em: 12 out. 2017.
- BRASIL. *Decreto Lei nº 8.420 de 18 de março de 2015*. Regulamenta a Lei 12.846/13 e dispõe sobre a responsabilização de pessoas jurídicas de atos contra a administração pública, nacional estrangeira e dar outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8420.htm>. Acesso em: 31 out. 2017.
- BRASIL. *Decreto nº 8.777, de 11 de maio de 2016*. Institui a Política de Dados Abertos do Poder Executivo Federal. Brasília, DF. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8777.htm>. Acesso em: 5 out. 2017.
- BRASIL. *Decreto s/n., de 15 de setembro de 2011*. Plano de Ação Nacional sobre Governo Aberto. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/dsn/dsn13117.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.
- BRASIL. *Instrução Normativa nº 1, de 10 de maio de 2016*. Dispõe sobre Controles Internos, Gestão de Riscos e Governança no âmbito do Poder Executivo Federal. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoesnormativas/in_cgu_mpog_01_2016.pdf>. Acesso em: 22 out. 2017.
- BRASIL. *Instrução Normativa nº 4 de 12 de abril de 2012*. Institui a Infraestrutura Nacional de Dados Abertos - INDA. Disponível em: <<http://dados.gov.br/pagina/instrucao-normativa-da-inda>>. Acesso em: 30 out. 2017.
- BRASIL. *Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Lei de Acesso à Informação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.
- BRASIL. *Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013*. Responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.
- BRASIL. *Lei nº 13.303 de 30 de junho de 2016*. Estatuto jurídico de empresas públicas, sociedade de economia mista e suas subsidiárias, no âmbito federal, estadual, distrito federal e município. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.
- BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. *3º Plano de Ação Nacional*. Disponível em: <<http://www.governoaberto.cgu.gov.br/noticias/2017/3o-plano-de-acao-nacional-na>>

parceria-para-governo-aberto/plano_port_web-3.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. *Plano de Dados Abertos 2016-2017*. Brasília, DF. p. 5. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/dados-abertos/plano-de-dados-abertos-da-cgu/arquivos/plano-de-dados-abertos-mtfc.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2017.

CENCI, Ana Righi et al. Do liberalismo ao intervencionismo: o estado como protagonista da (des) regulação econômica. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 3, n. 4, 2017. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/ojs/index.php/ABDConts1/article/view/33>>. Acesso em: 26 out. 2017.

CGI. *Resolução Comitê da Internet no Brasil CGI.br*. 2009. Disponível em: <<https://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003>>. Acesso em: 16 out. 2017.

COELHO, Claudio Carneiro Bezerra Pinto. O Compliance na Administração Pública e a LEI 13.303/16. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 3, n. 1, p. 83-103, 2017, Disponível em: <<http://www.faculdadeguanambi.edu.br/revistas/index.php/Revistadedireito/article/view/103>>. Acesso em: 22 out. 2017.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010

FCPAMÉRICAS. *Compliance*. Disponível em: <<http://fcpamericas.com/languages/portugues/compliance/>>. Acesso em: 13 out. 2017.

INSTITUTO Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 4. ed. São Paulo: IBGC, 2009. Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/userfiles/2014/files/codigoMP_5edicao_web.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

INTERNATIONAL Federation of Accountants – PSC/IFAC. Study 13. *Governance in the Public Sector: a Governing Body Perspective*. 2001. Disponível em: <<https://www.ifac.org/publications-resources/study-13-governance-public-sector>>. Acesso em: 12 out. 2017.

MACHADO, Raquel C.R; RIVERA, Laura N.H. *Democratização na era digital: desafios para um diálogo consciente e igualitário*. in Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 7, n. 3, 2017.

MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político – democrático*. Curitiba: Juruá, 2014.

POSSAMAI, Ana Julia. *Dados Abertos no Governo Federal Brasileiro: Desafios de Transparência e interoperabilidade*. 2016. Programa de Pós-Graduação em Ciências Políticas, UFRS – Instituto Filosofia e Ciências Humanas, Porto Alegre, 2016.

PUMAR, Simone Maciel. Premências da Lei Anticorrupção 12846/2013 na Gestão Empresarial. In: X CONGRESSO NACIONAL DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO. Rio de Janeiro. *Anais X CNEG*. 2014. Disponível em: <http://www.inovarse.org/sites/default/files/T14_0350_1.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

RUA, Maria das Graças. *Políticas públicas*. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2009.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, v. 8, n. 16, jul./dez. 2006.

VARELLA, Marcelo D. et al. Salto Digital nas políticas públicas: oportunidade e desafios. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

ZUCCOLOTTO, Robson et al. Transparência: reposicionando o debate. *Revista Contemporânea de Contabilidade*, v. 12, n. 25, p. 137-158, 2015. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/762/76238832007.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Políticas públicas brasileiras de computação em nuvem: análise documental dos relatórios do global cloud computing scorecard
Brazilian public policies on cloud computing: documentary analysis of global cloud computing scorecard reports

Lucas dos Santos Costa

Marcos Fernando Machado de Medeiros

VOLUME 7 • Nº 3 • DEZ • 2017
DIREITO E MUNDO DIGITAL

Políticas públicas brasileiras de computação em nuvem: análise documental dos relatórios do global cloud computing scorecard*

Brazilian public policies on cloud computing: documentary analysis of global cloud computing scorecard reports

Lucas dos Santos Costa**

Marcos Fernando Machado de Medeiros***

RESUMO

Quando novos comportamentos, serviços e tecnologias surgem na sociedade, faz-se necessário que o Estado avalie as possibilidades de regulamentação de tais situações visando ao bem-estar da população, crescimento econômico sadio, limitando possíveis abusos que venham a acontecer. Um instrumento de gestão responsável por suprir tal necessidade é o diagnóstico, uma das principais finalidades dos relatórios da Business Software Alliance (BSA), organização responsável por coletar, processar e publicar informações sobre vários campos dentro da TI. As tecnologias que utilizam computação em nuvem se enquadram nesse contexto acima descrito, sendo assim, o presente trabalho de pesquisa visa apresentar a evolução das iniciativas de políticas públicas de computação em nuvem do Brasil, ainda, pretende localizá-lo no cenário internacional baseado nos relatórios, indicadores e ranking da BSA – Global Cloud Computing Scorecard. Para concretizar os objetivos propostos, os relatórios da Business Software Alliance e documentos dos países que são objeto de pesquisa foram estudados por meio de Análise Documental. Os resultados mostram que, dentre os países inseridos no relatório, o Brasil possui os indicadores com menor desenvolvimento, sempre localizado nas últimas posições do ranking, nota-se, como ponto positivo, possuir o maior avanço dos países pertencentes ao BRICS (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul). Por fim, sugere que o Brasil utilize como benchmarking as políticas internacionais dos países com melhor classificação como meio de adaptar as políticas à realidade nacional, ou seja, utilizando as boas práticas existentes. Ainda assim, percebe-se que existe um grande campo de pesquisa a ser explorado no estudo de políticas públicas internacionais de computação em nuvem.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Tecnologia da Informação. Computação em Nuvem.

ABSTRACT

When new behaviors, services and technologies emerge in society, it is necessary for the State to evaluate the possibilities of regulating such situa-

* Recebido em 01/11/2017
Aprovado em 18/12/2017

** Mestrando em Administração pelo Programa de Pós-Graduação em Administração da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo (PPGA/FEA/USP). Email: adm.lucassantos@hotmail.com

*** Professor Adjunto do Departamento de Ciências Administrativas (UFRN). Membro permanente do Mestrado Profissional em Gestão Pública (UFRN). Doutor em Administração pelo PPGA/UFRN (2014). Email: mf-medeiros@gmail.com

tions aiming at the well-being of the population, sound economic growth, limiting possible abuses that may occur. A management tool responsible for addressing this need is diagnosis, one of the main purposes of the Business Software Alliance (BSA) reports, the organization responsible for collecting, processing and publishing information on various fields within IT. The technologies that use cloud computing fit into this context described above, so the present research aims at presenting the evolution of the initiatives of public policies of cloud computing in Brazil, nevertheless, intends to locate it in the international scenario based on the reports, indicators and ranking of the BSA - Global Cloud Computing Scorecard. In order to achieve the proposed objectives, the Business Software Alliance reports and documents from the countries that are the subject of research were studied through Document Analysis. The results show that among the countries included in the report, Brazil has the lowest development indicators, always located in the last ranks of the ranking. It is worth noting that the BRICS countries (Brazil, Russia, India, China and South Africa). Finally, it suggests that Brazil use as benchmarking the international policies of the countries with the best classification as a means of adapting the policies to the national reality, that is, using existing good practices. Nevertheless, it is perceived that there is a large field of research to be explored in the study of international public policies of cloud computing.

Keywords: Public Policy. Information Technology. Cloud Computing.

1. INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, as Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC's) estão disseminadas em praticamente todos os ambientes da sociedade, desde a produção agrícola ^{1 2 3} e pecuária ⁴, na cadeia de suprimentos ^{5 6} e transportes ⁷, nos serviços turísticos ^{8 9}, na educação ^{10 11}, na saúde ^{12 13 14 15 16}. Não somente pelos exemplos mencionados, mas também por toda conjuntura presente na associação existente entre o

1 KUHLMANN, F.; BRODERSEN, C. Information technology and farm management: developments and perspectives. *Computers and Electronics in Agriculture*, v. 30, n. 1–3, p. 71–83, fev. 2001.

2 PARIHAR, S. S.; MISHRA, B.; RAI, D. P. Sustainable Models of Information Technology for Agriculture and Rural Development. *Computer*, v. 10, n. 1, p. 20–23, 2010.

3 PRIETO, L. P. et al. Smart school multimodal dataset and challenges. *CEUR Workshop Proceedings*, v. 1828, p. 53–59, 2017.

4 BUHR, B. L. Traceability and Information Technology in the Meat Supply Chain: Implications for Firm Organization and Market Structure. *Journal of Food Distribution Research*, v. 34, n. 1996, p. 13–26, 2003.

5 MARINAGI, C.; TRIVELLAS, P.; SAKAS, D. P. The Impact of Information Technology on the Development of Supply Chain Competitive Advantage. *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, v. 147, p. 586–591, 2014.

6 SALIN, V. Information technology in agri-food supply chains. *The International Food and Agribusiness Management Review*, v. 1, n. 3, p. 329–334, 1998.

7 OLIVER, A. S. Information Technology and Transportation: Substitutes or Complements? *Munich Personal RePEc Archive Information*, n. 22938, p. 0–19, 2014.

8 MELIÁN-GONZÁLEZ, S.; BULCHAND-GIDUMAL, J. A model that connects information technology and hotel performance. *Tourism Management*, v. 53, p. 30–37, abr. 2016.

9 IANG, Z.; MAGNINI, V. P.; FESENMAIER, D. R. Information technology and consumer behavior in travel and tourism: Insights from travel planning using the internet. *Journal of Retailing and Consumer Services*, v. 22, p. 244–249, jan. 2015.

10 KATZAN JR., H. The educational value of cloud computing. *Contemporary Issues in Education Research*, v. 3, n. 7, p. 37–42, 2010.

11 LÉGER, P.-M. et al. Business Simulation Training in Information Technology Education: Guidelines for New Approaches in IT Training. *Journal of Information Technology Education*, v. 10, n. 1, p. 39–53, 2011.

12 AGHA, L. The effects of health information technology on the costs and quality of medical care. *Journal of Health Economics*, v. 34, n. 1, p. 19–30, 2014.

13 ASH, J. S.; BERG, M.; COIERA, E. Some Unintended Consequences of Information Technology in Health Care: The Nature of Patient Care Information System-related Errors. *Journal of the American Medical Informatics Association*, v. 11, n. 2, p. 104–112, 2004.

14 CHAUDHRY, B. et al. Systematic review: impact of health information technology on quality, efficiency, and costs of medical care. *Annals of Internal Medicine*, v. 144, p. 742–752, 2006.

15 KELLERMANN, A. L.; JONES, S. S. What it will take to achieve the as-yet-unfulfilled promises of health information technology. *Health Affairs*, v. 32, n. 1, p. 63–68, 2013.

16 STEIN, L. D. The case for cloud computing in genome informatics. *Genome Biology*, v. 11, n. 5, p. 207, 2010.

desenvolvimento da sociedade com o conjunto de avanços na produção de novas TIC's^{17 18}, e, em virtude de, justamente, envolver toda sociedade, faz-se necessário que políticas públicas estejam direcionadas a tal produção, tanto para que sejam evitados abusos quanto para que a sociedade consiga aproveitar os avanços.

Sendo assim, um dos pontos de contato das utilizações de TI, anteriormente mencionadas, com o presente trabalho de pesquisa, consiste na realidade de que a Computação em Nuvem (CN) sustenta a maioria dos seus serviços^{19 20 21}, por isso, espera-se que haja o desenvolvimento de políticas públicas próprias com aplicação prática na realidade vivenciada pela sociedade, em conjunto com a expansão existente das Tecnologias da Informação^{22 23}.

Portanto, o presente trabalho de pesquisa objetiva apresentar as iniciativas de políticas públicas de computação em nuvem desenvolvidas no Brasil, ainda assim, pretende localizá-lo no cenário internacional, ambos objetivos são baseados nos relatórios e no ranking da Business Software Alliance (BSA) – Global Cloud Computing Scorecard publicados entre 2012 e 2016, e são motivados por meio da investigação de duas questões a serem respondidas: *qual o atual “estado da arte” das políticas públicas brasileiras que norteiam a utilização de computação em nuvem? Como o país está posicionamento perante o cenário internacional e diante seus similares econômicos?*

As respostas para tais questões trazem um estudo inédito nas pesquisas de computação em nuvem e aplicações de tecnologias da informação e comunicação na realidade brasileira, abordando a problemática e sua relação com as políticas públicas existentes no país, também, de maneira complementar e sequencial, em relação a outros estudos já realizados. Entretanto, evidencia-se a realização do preenchimento de uma oportunidade de pesquisa existente na literatura da área como justificativa acadêmica²⁴.

Para isso, o artigo está dividido em cinco capítulos, o primeiro e atual, responsável por introduzir o leitor; o próximo, de revisão da literatura, apresenta as conceituações necessárias para a compreensão das discussões; o terceiro explora as características metodológicas; o quarto assume a responsabilidade de cumprir os objetivos da pesquisa por meio da discussão dos relatórios da BSA; enquanto o último sintetiza os resultados e traz sugestões de pesquisas futuras e limitações aqui presentes.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

O capítulo de revisão da literatura está dividido em duas partes, a primeira conta com o delineamento teórico valente às origens dos primeiros termos e conceituações, tipos de serviço, estrutura e características, enquanto que a segunda associa diretamente as variáveis de análise utilizadas pelo relatório da BSA com pesquisas realizadas e aplicações constantes na literatura, tal explanação serve de justificativa para validar os critérios da avaliação como preponderantemente importante na área de pesquisa.

17 WAGNER, D.; VOLLMAR, G.; WAGNER, H.-T. The impact of information technology on knowledge creation. *Journal of Enterprise Information Management*, v. 27, n. 1, p. 31–44, 2014.

18 WANG, Y.; CHEN, Y.; BENITEZ-AMADO, J. How information technology influences environmental performance: Empirical evidence from China. *International Journal of Information Management*, v. 35, n. 2, p. 160–170, 2015.

19 DEMIRKAN, H.; DELEN, D. Leveraging the capabilities of service-oriented decision support systems: Putting analytics and big data in cloud. *Decision Support Systems*, v. 55, n. 1, p. 412–421, 2013.

20 GARRISON, G.; KIM, S.; WAKEFIELD, R. L. Success factors for deploying cloud computing. *Communications of the ACM*, v. 55, n. 9, p. 62, 2012.

21 JACKSON, K. R. et al. Performance Analysis of High Performance Computing Applications on the Amazon Web Services Cloud. *2010 IEEE Second International Conference on Cloud Computing Technology and Science*, n. November 2010, p. 159–168, 2010.

22 JAEGER, P. T. Journal of Information Technology and Politics. *Computing*, v. 5, n. 3, p. 269–283, 2008.

23 PAQUETTE, S.; JAEGER, P. T.; WILSON, S. C. Identifying the security risks associated with governmental use of cloud computing. *Government Information Quarterly*, v. 27, n. 3, p. 245–253, 2010.

24 CÂNDIDO, A. C. Posicionamento do Brasil face aos países mais avançados em cloud computing. *IET Working Papers Series*, p. 1–22, 2015.

2.1. Computação em nuvem

Computação em Nuvem é o conjunto de serviços ofertados por meio de aplicações de internet sustentadas por *softwares* e *hardwares* de *datacenters* ²⁵, a taxonomia de modelos de tais serviços é sustentada por um tripé constituída por Softwares como Serviço (SaaS, *Softwares as a Service*), Plataforma como Serviço (PaaS, *Plataform as a Service*) e Infraestrutura como Serviço (IaaS, *Infrastructure as a Service*) ²⁶, em que cada um destes pode ser utilizado de acordo com as características relacionadas ao tipo de compartilhamento, podendo ser pública, privada, comunitária ou híbrida ²⁷.

A *Infraestrutura de Computação em Nuvem como Serviço* é o nível base no “fornecimento de processamento, armazenamento, conexão e outros recursos fundamentais na computação”, em seguida, em relação à proximidade com o usuário final, a *Plataforma como Serviço* funciona como uma ponte de integração entre os hardwares da infraestrutura e os softwares utilizados pelos usuários, podendo assumir a forma de um software intermediário. Já os *Softwares como Serviço*, são aplicações em que múltiplos usuários interagem em concomitância ^{28 29 30}.

De tal forma, cada um dos serviços mencionados pode estar relacionado a um tipo de compartilhamento. Mais frequentemente adotada entre os pequenos e médios negócios, a *Nuvem Pública* é uma espécie de terceirização da computação em nuvem, em que determinada infraestrutura, plataforma, software é contratada como em relações do tipo B2B, B2G, enquanto a *Nuvem Privada* constitui uma aquisição da organização, não sendo considerada para alguns autores como um tipo de computação em nuvem ^{31 32}.

O outro tipo de modelo é a *Nuvem Comunitária*, muito relacionada ao compartilhamento de recursos voltados a determinado grupo com objetivo específico, podendo, ainda, ser considerada dentro dessa classificação quando organizações possuem a mesma missão ou estão enquadradas dentro de mesma política, por exemplo ^{33 34}.

Por fim, a Nuvem Híbrida, consiste numa mescla entre *datacenters* privados (internos) e externos, entretanto, sem haver a separação da capacidade de provimento de recursos existente em nuvens públicas, quando necessário, seja na necessidade de processamento e armazenamento ou até mesmo numa eventual sobrecarga de demanda de acesso, por exemplo ^{35 36}.

25 ARMBRUST, M. et al. *Above the clouds: A Berkeley view of cloud computing* University of California, Berkeley, Tech. Rep. UCB. [s.l: s.n.].

26 YOO, C. S. Cloud Computing: Architectural and Policy Implications. *Review of Industrial Organization*, v. 38, n. 4, p. 405–421, 2011.

27 ARMBRUST, M. et al. *Above the clouds: A Berkeley view of cloud computing* University of California, Berkeley, Tech. Rep. UCB. [s.l: s.n.].

28 GREER JR., M. B. *Software as a Service inflection point : using Cloud computing to achieve business agility*. Bloomington: iUniverse, Inc, 2009.

29 MELL, P.; GRANCE, T. *The NIST Definition of Cloud Computing Recommendations of the National Institute of Standards and Technology*. Gaithersburg: [s.n.].

30 WAN, J. et al. IoT sensing framework with inter-cloud computing capability in vehicular networking. *Electronic Commerce Research*, v. 14, n. 3, p. 389–416, 2014.

31 FERNANDO, N.; LOKE, S. W.; RAHAYU, W. Mobile cloud computing: A survey. *Future Generation Computer Systems*, v. 29, n. 1, p. 84–106, 2013.

32 MARSTON, S. et al. Cloud computing: The business perspective. *Decision Support Systems*, v. 51, n. 1, p. 176–189, 2011.

33 MARINOS, A.; BRISCOE, G. Community Cloud Computing. In: FIRST INTERNATIONAL CONFERENCE, 2009. *Anais...*Beijing, 15 jul. 2009.

34 MELL, P.; GRANCE, T. *The NIST Definition of Cloud Computing Recommendations of the National Institute of Standards and Technology*. Gaithersburg: [s.n.].

35 XU, X. From cloud computing to cloud manufacturing. *Robotics and Computer-Integrated Manufacturing*, v. 28, n. 1, p. 75–86, 2012.

36 YOO, C. S. Cloud Computing: Architectural and Policy Implications. *Review of Industrial Organization*, v. 38, n. 4, p. 405–421, 2011.

Figura 1 – Estrutura de Computação de Nuvem



Fonte: Adaptado de Subashini e Kavitha ³⁷.

Ainda assim são características de um ambiente de Computação em Nuvem: a rápida elasticidade e serviço sob demanda, mensuração do serviço, capacidade de sustentar diversas aplicações por meio de uma plataforma ou infraestrutura (sistema multi-locação) e rede ubíqua ou “onipresente” ^{38 39}, tais características remetem a determinados benefícios que a Computação em Nuvem pode oferecer aos seus usuários, como trazer mais eficiência, a partir da aquisição sob demanda de recursos, somente quando necessário ^{40 41}.

2.2. Justificativa das variáveis de análise

O primeiro aspecto analisado pelos relatórios Global Cloud Computing Scorecard da BSA é relativo a Privacidade de Dados, podendo ser classificado como uma vertente do direito à privacidade garantido constitucionalmente. A partir da perspectiva da computação em nuvem, esse feito compete à gestão da informação, implicando um agente possuidor de controles transacionais em que tais dados e informações constantes em determinado banco de dados lhe favorecem uma assimetria informacional, nesse momento as políticas públicas precisam estar atuantes no intuito de impedir abusos^{42 43}. Por isso, os mesmos autores comentam que para “todo o potencial da computação em nuvem possa ser explorado pelas organizações, é de fundamental importância garantir a segurança e a privacidade dos dados armazenados na nuvem”.

Segurança, também delineado nas avaliações presentes nos relatórios da BSA, é um dos aspectos mais tratados dentro da computação em nuvem por não depender exclusivamente dos softwares e hardwares, mas, sim, de todo conjunto de usuários⁴⁴. Em um primeiro momento, observa-se que a pesquisa realizada por Lucena, Costa e Medeiros⁴⁵, corrobora tais afirmações, em que os gestores possuem certo receio na

37 SUBASHINI, S.; KAVITHA, V. A survey on security issues in service delivery models of cloud computing. *Journal of Network and Computer Applications*, v. 34, n. 1, p. 1–11, 2011.

38 OLIVEIRA, T.; THOMAS, M.; ESPADANAL, M. Assessing the determinants of cloud computing adoption: An analysis of the manufacturing and services sectors. *Information and Management*, v. 51, n. 5, p. 497–510, 2014.

39 SUBASHINI, S.; KAVITHA, V. A survey on security issues in service delivery models of cloud computing. *Journal of Network and Computer Applications*, v. 34, n. 1, p. 1–11, 2011.

40 ARMBRUST, B. et al. A View of Cloud Computing. v. 4, n. 1, p. 54, 2010.

41 ARMBRUST, M. et al. *Above the clouds: A Berkeley view of cloud computing* University of California, Berkeley, Tech. Rep. UCB. [s.l.: s.n.].

42 SILVA, R. A. DA; BERNARDES, M. DE S. A espionagem dos Estados Unidos da América e a violação da privacidade de dados pessoais dos brasileiros na Internet. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, v. 3, n. 1, p. 50–75, 16 dez. 2012.

43 RANCO JR., E. C.; MACHADO, J. C.; MONTEIRO, J. M. Estratégias para Proteção da Privacidade de Dados Armazenados na Nuvem. In: TÓPICOS em Gerenciamento de Dados e Informações 2014. [s.l.]: Sociedade Brasileira de Computação, 2014. p. 46–76.

44 ARMBRUST, B. et al. A View of Cloud Computing. v. 4, n. 1, p. 54, 2010.

45 LUCENA, I. V. DE; COSTA, L. DOS S.; MEDEIROS, M. F. M. Revista brasileira de políticas públicas. *Revista Brasileira de*

adoção de tecnologias devido às desconfiças em múltiplos aspectos relacionados com segurança. Em consonância, também, foi verificado por Ferreira, Martins e Salgado uma maior adoção em computação em nuvem quando critérios de segurança, suporte técnico e disponibilidade são garantidos⁴⁶.

Como terceiro tópico de destaque, o Crime Digital teve como auge do debate nacional o ano de 2012, em que fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann foram publicadas na internet, o tema gerou tanta evidência no país que no mesmo ano foi aprovada uma lei que tipifica o crime digital no Brasil. Máximo e Rodrigues⁴⁷ comentam que mesmo empresas que possuam seus servidores localizados em outros países estão sujeitos à legislação brasileira, além de estas serem obrigadas a manter um *backup* de arquivos aparentemente excluídos, direito garantido pelo recente Marco Civil da Internet.

Não somente as tecnologias desenvolvidas sustentam a utilização de computação em nuvem, faz-se necessário investimento em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), contudo, o clima de instabilidade e falta de incentivos pode desfavorecer o mencionado desenvolvimento pelas organizações, conseqüentemente a garantia de Direitos de Propriedade Intelectual por meio da execução de políticas públicas pode influenciar positivamente o ambiente.

Em primeira instância, as pesquisas empíricas encontradas na literatura demonstram que terceirização de TI implica vários benefícios como menores custos simultaneamente a maior foco no negócio e alta disponibilidade de acordo com as necessidades organizacionais⁴⁸, características não somente inerentes à natureza da computação em nuvem, mas que necessitam de Apoio a Padrões de Mercado, e Harmonização Internacional de Regras, assim como também dependem da Promoção de Livre Comércio, principalmente devido a rápida atualização tecnológica, pois todos operam via constante transferência de tecnologia.

Por fim, para que todos os itens acima descritos funcionem corretamente, faz-se necessário que os países desenvolvam uma Estrutura de Tecnologias da Informação e Comunicação e Implantação de Banda Larga. Para Taurion,

o modelo atual, que demanda a instalação do software na máquina pessoal, deve continuar por algum tempo ainda, mas à medida que as ainda existentes restrições, como banda, diminuam, o modelo colaborativo típico do modelo em nuvem deve se popularizar.

o mesmo autor enxerga, ainda, um crescente aumento na utilização de computação em nuvem nos anos seguintes com origem em três fatores: diminuição de custo de armazenamento, barateamento de processadores e “proliferação de conexões banda larga”⁴⁹.

3. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Quanto a natureza, trata-se de uma pesquisa qualitativa, principalmente por abordar conceitos, indicadores e resultados típicos de processos sociais e por aprofundar a discussão de utilização de tecnologia no Brasil, mesmo que tal ainda seja incipiente^{50 51}, ainda assim, de caráter descritivo, por analisar e interpretar as

Políticas Públicas, v. 7, n. 1, p. 264–285, 8 maio 2017.

46 FERREIRA, M. M.; MARTINS, J. M.; SALGADO, E. G. Aplicação do método Analytic Hierarchy Process para a adoção de computação em nuvem em empresas juniores. *Revista Eletrônica de Sistemas de Informação e de Gestão Tecnológica*, v. 5, n. 1, 19 abr. 2013.

47 MÁXIMO, E.; RODRIGUES, L. B. P. S. DE A. A criminalidade aliada a tecnologia: uma abordagem acerca dos meios insuficientes para prevenção e repressão no ciberespaço. *Juris Rationis*, v. 8, n. 2, p. 17–28, 20 jul. 2009.

48 PINHEIRO, B. N. et al. A Terceirização da Tecnologia da Informação e a Computação em Nuvem: um Estudo de Caso na Empresa de Comércio Eletrônico Barato Bom. In: SIMPÓSIO DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO E TECNOLOGIA, 9., 2012. *Anais...*, 2012.

49 TAURION, C. *Cloud Computing*: Computação em Nuvem. Rio de Janeiro: Brasport, 2009.

50 TEIXEIRA, E. *As três metodologias*: acadêmica, da ciência e da pesquisa. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

51 YIN, R. K. *Pesquisa Qualitativa do Início ao Fim*. Porto Alegre: Penso, 2016.

informações contidas nos relatórios da BSA em associação com as políticas públicas nacionais que cercam a utilização de computação em nuvem e a literatura de aplicações na área^{52 53 54 55}.

Primeiramente, em relação à coleta de dados, os relatórios foram selecionados na página oficial da Business Software Alliance. Sobre o tratamento dos dados utilizou-se a técnica de análise documental aplicada aos relatórios BSA – Global Cloud Computing Scorecard anteriormente coletados, para que, logo em seguida, fossem organizados em planilha eletrônica do software Microsoft Office Excel®, de acordo com as variáveis-chave presentes no relatório⁵⁶. Já em relação à construção das análises, foram estabelecidas discussões associadas com outras pesquisas, tanto na justificativa das variáveis (item 2.2) quanto na análise e discussões (item 4).

A pesquisa não utiliza, propriamente, métodos quantitativos de análise, apenas os emprega na explanação e interpretação de gráficos, indicadores e informações das distribuições de frequências comparativas presentes na pontuação atribuída nos relatórios da BSA – Global Cloud Computing Scorecard, portanto, os dados apresentados possuem fonte secundária oriunda da fase de análise documental⁵⁷.

4. ANÁLISES E DISCUSSÕES

Este capítulo objetiva apresentar as análises e discussões acerca dos resultados encontrados na pesquisa de análise documental nos relatórios Global Cloud Computing Scorecard da Business Software Alliance^{58 59 60 61 62 63 64 65 66}, em que as fontes das informações mencionadas são oriundas de tal, além da complementação de trechos presentes nos instrumentos legais citados e complementado por demais ainda existentes.

4.1. Aspectos gerais

O principal objetivo da BSA com os relatórios internacionais, compostos por indicadores da situação política da computação em nuvem analisados individualmente por país, consiste em obter um diagnóstico que possa colaborar com o desenvolvimento da computação em nuvem, totalizando 24 países com repre-

52 GIL, A. C. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1989.

53 GIL, A. C. *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

54 GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

55 VERGARA, S. C. *Projetos e relatórios de pesquisa em administração*. [s.l: s.n.], v. 1.

56 VERGARA, S. C. *Projetos e relatórios de pesquisa em administração*. [s.l: s.n.], v. 1.

57 TEIXEIRA, E. *As três metodologias: acadêmica, da ciência e da pesquisa*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

58 BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE (Washington). *2012 BSA Global Cloud Computing Scorecard: A Blueprint for Economic Opportunity*. 2012. Disponível em: <<http://bsa.org>>. Acesso em: 1 set. 2017.

59 BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE (Washington). *2013 BSA Global Cloud Computing Scorecard: A Clear Path to Progress*. 2013. Disponível em: <<http://bsa.org>>. Acesso em: 1 set. 2017.

60 BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE (Washington). *2016 BSA Global Cloud Computing Scorecard: Confronting New Challenges*. 2016. Disponível em: <<http://bsa.org>>. Acesso em: 1 set. 2017.

61 BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE (Washington). *Classificação global BSA 2013 de computação em nuvem: O Caminho Certo Para o Progresso*. 2013. Disponível em: <<http://bsa.org>>. Acesso em: 1 set. 2017.

62 BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE (Washington). *Countries: 2013 BSA Global Cloud Computing Scorecard*. 2017. Disponível em: <<http://cloudscorecard.bsa.org/2013/countries.html>>. Acesso em: 1 set. 2017.

63 BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE (Washington). *Country report: Brazil*. 2012. Disponível em: <<http://bsa.org>>. Acesso em: 1 set. 2017.

64 BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE (Washington). *Country report: Brazil*. 2013. Disponível em: <<http://bsa.org>>. Acesso em: 1 set. 2017.

65 BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE (Washington). *Country report: Brazil*. 2016. Disponível em: <<http://bsa.org>>. Acesso em: 1 set. 2017.

66 BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE (Washington). *Pontuação global de computação em nuvem da BSA: Um Guia para Oportunidades Econômicas*. 2012. Disponível em: <<http://bsa.org>>. Acesso em: 1 set. 2017.

sentações de todos os continentes. Para isso, os principais fatores que impactam tal objetivo são minuciosamente pesquisados por meio de um conjunto de 66 variáveis ponderados de acordo com sua relevância na construção de um suporte para tecnologias de computação em nuvem, sintetizadas no Quadro 1, a seguir:

Quadro 1 – Síntese da Tabela de Avaliação

Nº	Fatores	Código	Quantidade de Quesitos	Peso
1	Privacidade de Dados	PD	10	10%
2	Segurança	S	5	10%
3	Crime Digital	CD	4	10%
4	Direitos de Propriedade Intelectual	DPI	12	20%
5	Apoio a Padrões de Mercado e Harmonização Internacional de Regras	PH	7	10%
6	Promoção de Livre Comércio	LC	4	10%
7	Estrutura de TCI e Implantação de Banda Larga	BL	24	30%
Total			66	100%

Fonte: BSA (2012, 2013 e 2016).

Cada fator estará representado em uma seção do presente capítulo, são elas: Privacidade de Dados (4.2), Segurança (4.3), Crime Digital (4.4), Direitos de Propriedade Intelectual (4.5), Apoio a Padrões de Mercado e Harmonização Internacional de Regras (4.6), Promoção de Livre Comércio (4.7), Estrutura de TCI e Implantação de Banda Larga (4.8), que também possui na última seção o cumprimento do segundo objetivo da pesquisa, responsável por localizar o Brasil no cenário internacional e traçar um quadro comparativo entre os países do BRICS (4.9).

A seção 4.9 desta pesquisa é composta por duas partes, na primeira, para cumprir o primeiro objetivo do artigo, cada um dos relatórios emitidos sobre o Brasil será comparado individualmente nas sete categorias de análise onde os resultados são apresentados resumidamente no Gráfico 1, em que, também, são registrados os aspectos evolutivos recorrentes, caso estes sejam verificados. Enquanto a segunda parte, relativa à Figura 2 e ao Gráfico 2, possui o intuito de cumprir o segundo objetivo da pesquisa, o de verificar o posicionamento nacional perante cenário internacional.

A construção do diagnóstico por parte dos analistas e pesquisadores da BSA ocorreu da seguinte forma: cada quesito dos fatores foram classificados de duas maneiras distintas. A primeira busca afirmar se determinada política existe ou não (nos casos possíveis); a segunda ranqueia o quesito em quatro classes possíveis: (1) avaliação positiva, (2) avaliação negativa, (3) avaliação parcialmente positiva, (4) indica um quesito de fatos objetivos relevantes.

Algumas variáveis tratam especificamente de questões relacionadas à infraestrutura, em que cada quesito é classificado numa escala contínua variante entre *Mais Alta* (representada pela cor verde) até a *Mais Baixa* (representada pela cor com tom mais próximo ao vermelho), de acordo com a posição do país, assim como exemplificado na Figura 2, presente na última seção deste capítulo.

Além disso, a pesquisa também está envolta de instrumentos legais, mecanismos responsáveis por favorecer a garantia de determinados direitos com pensamentos direcionados a atender demandas oriundas da sociedade, então, o Quadro 2, a seguir, é responsável por sintetizar todo o objeto de estudo do presente de trabalho de pesquisa documental de acordo com as diretrizes avaliativas constantes nos relatórios da BSA, além de outras complementares adicionadas pelos autores.

Quadro 2 – Principais Políticas Públicas e Mecanismos Legais Relacionados à Utilização de Computação em Nuvem no Brasil

Fatores	Políticas Públicas e Mecanismos Legais	Breve Descrição	Ano
Privacidade de Dados	Constituição da República Federativa do Brasil	Garantia à privacidade (Art. 5º)	1988
	Lei nº 8.078	Diversos tópicos relacionados à proteção do consumidor	1990
	Lei nº 9.507	Garantia do <i>habeas data</i> (Art. 7º)	1997
	Lei nº 12.965	Marco Civil da Internet (Art. 3º, 8º e 11º)	2014
	Projeto de Lei nº 5.276	Visa a proteção de dados pessoais	2016
Segurança	Medida Provisória nº 2.200-2	Responsável por instituir a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil	2001
	Decreto nº 8.135	Objetiva favorecer a preservação da segurança nacional	2013
	Lei nº 12.965	Marco Civil da Internet (em diversos artigos)	2014
Crime Digital	Lei nº 12.737	Caracterizam o “crime cibernético” à nível de legislação penal	2012
	Lei nº 12.735		2012
Direitos de Propriedade Intelectual	Lei nº 12.965	Marco Civil da Internet (Art. 19)	2014
Apoio a Padrões de Mercado e Harmonização Internacional de Regras	Decreto nº 7.903	Fomenta compra de equipamentos nacionais de TIC's na esfera pública	2013
	Decreto nº 7.962	Responsável por regulamentar os contratos de comércio eletrônico	2013
Promoção de Livre Comércio	Lei nº 12.349	Estabelece margens de preferência nos processos licitatórios para produtos de origem tecnológica nacional	2010
	Decreto nº 7.174	Relativo a aquisição de serviços informáticos no setor público	2010
Estrutura de Tecnologia da Informação e Comunicação e Implantação de Banda Larga	Decreto nº 7.175	Plano Nacional de Banda Larga (PNBL)	2010

Fonte: Pesquisa dos Autores e BSA

Em suma, vale salientar que a discussão realizada entre os mecanismos legais e a análise documental dos relatórios da Global Cloud Computing Scorecard da Business Software Alliance (BSA) é detalhada a partir

da próxima seção, explicando as relações entre os fatores pesquisados na BSA e os mecanismos legais existentes no Brasil, conforme mencionado no Quadro 2.

4.2. Privacidade de dados (GP)

Nas três edições do relatório, é enfatizado que não existe um instrumento legal responsável por regimentar a proteção privacidade ou a proteção de dados no Brasil, entretanto recebe avaliação parcialmente positiva pela garantia constitucional à privacidade ⁶⁷,

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;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

além do *habeas data*, garantido por meio da Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997 ⁶⁸,

Art. 7º Conceder-se-á *habeas data*:

I - para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

II - para a retificação de dados, quando não se prefera fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

III - para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

e alguns direitos mesmo que parciais na Lei de Proteção ao Consumidor nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 ⁶⁹, como nos artigos, a seguir, exemplificados:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta

67 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. p. 496. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

68 BRASIL. *Lei n. 9.507, de 12 de Novembro de 1997*. p. 1–3. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19507.htm>.

69 BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. p. 1–20. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>.

de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012). Vigência

Parágrafo único. A informação de que trata o inciso III do **caput** deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015). (Vigência)

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;

Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§ 2º Se o crime é culposo;

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 73. Deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata:

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

Os documentos da BSA ressaltam, ainda, a existência do Projeto de Lei nº 5.276 de 2016 em tramitação, anterior PL nº 4.060, de 2012, do Deputado Milton Monti⁷⁰, sobre proteção de dados pessoais baseada na Diretiva Europeia sobre proteção de dados pessoais, assunto debatido no Congresso Nacional desde o ano de 2012.

Por fim, o maior símbolo nacional de garantia de privacidade de dados mencionado pelos relatórios consiste na aprovação do Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014⁷¹, dispondo dos seguintes termos garantidores,

70 MONTI, D. M. *Projeto de Lei n. 5.276 de 2016*. p. 1–22. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=62B6CCB8D15F03BD169F7421D3CDB6EE.proposicoesWeb1?codteor=1457971&filename=Avulso+-PL+5276/2016>.

71 BRASIL. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Marco Civil da Internet. p. 1–8. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>.

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

II - proteção da privacidade;

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

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§ 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.

sendo largamente compatível com a Diretiva 2002/58/EC da União Europeia (EU) em relação à proteção de dados pessoais e comunicação eletrônica e com alguns aspectos relacionados aos riscos de privacidade para dados pessoais do *Framework* de Privacidade da Cooperação Econômica Ásia-Pacífico (APEC).

Outrossim, é preciso reforçar que na visão de Varella, Oliveira e Moesch⁷² o Marco Civil da Internet

não esgota o tratamento do assunto, deixando espaço para detalhamento futuro de importantes temas relacionados à rede, tais como proteção de dados pessoais, comércio eletrônico, crimes cibernéticos, direito autoral, governança da rede, cidadania digital, entre outros

Tal instrumento legal permitiu uma melhora significativa na avaliação do país perante o cenário internacional, passando a ter uma pontuação maior do que a China, Rússia e Argentina, mantendo vantagem, também, sobre as avaliações da Tailândia e Turquia, deixando o Brasil (5,3 pontos) como líder do primeiro quartil, ainda distante da média geral de todos avaliados (6,75 pontos) em relação ao critério tratado nessa seção.

4.3. Segurança (S)

Em relação à Segurança, em relação as duas primeiras avaliações, até a terceira, nota-se que, também, houve influência com a aprovação do Marco Civil da Internet, que traz avanços em questões como padrões de segurança e sigilos e salvaguarda de registros retidos, peças-chave que devem ser cumpridas pelas prestadoras de serviço⁷³:

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

V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;

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

§ 2º Na hipótese de discriminação ou degradação do tráfego prevista no § 1º, o responsável mencionado no caput deve:

III - informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, inclusive as relacionadas à segurança da rede; [...]

72 VARELLA, M.; OLIVEIRA, C.; MOESCH, F. Salto digital nas políticas públicas: oportunidades e desafios. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

73 BRASIL. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Marco Civil da Internet. p. 1–8. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm>.

Art. 10. 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.

§ 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento.

Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

Além disso, algo já avaliado positivamente desde o primeiro relatório é relativo a Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 ao instituir a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, instrumento legal responsável pela regulamentação do uso de certificados digitais e transações eletrônicas dentro de parâmetros de segurança.

Nessa seara, insere-se Lei nº 13.444, de 11 de maio de 2017, que criou a Identificação Civil Nacional (ICN), visa criar uma interoperabilidade da base do TSE (após a biometria) com as bases do governo federal⁷⁴, a saber, cruzamentos de CPFs, melhorando a qualidade dos dados de diversos órgãos, como Receita Federal do Brasil e Institutos Estaduais de Identificação.

No relatório é comentado acerca de um ponto a ser melhorado, que consiste na elaboração específica de leis e regulamentos que envolvam questões como certificação, auditoria de segurança para hospedagem de dados digitais e provedores de serviços em nuvem, onde a Portaria Interministerial MP/MC/MD nº 141 de 02/05/2014 e o Decreto nº 8.135, de 4 de novembro de 2013⁷⁵ possuem limitações a serem resolvidas, apesar de objetivarem a segurança nacional:

Art. 2º Com vistas à preservação da segurança nacional, fica dispensada a licitação para a contratação de órgãos ou entidades da administração pública federal, incluindo empresas públicas e sociedades de economia mista da União e suas subsidiárias, para atendimento ao disposto no art. 1º.

4.4. Crime digital (CD)

Um Projeto de Lei sobre *Crime Cibernético* foi interrompido no ano de 2009 e o tema continuou a ser discutido até o ano de 2012, quando foi aprovada a lei popularmente conhecida como Lei Carolina Dieckmann, nome informal dado, devido à invasão do dispositivo informático da atriz que gerou comoção nacional e grande repercussão da mídia, para a Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012 que alterou o Código Penal (Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e caracterizou o *Crime Cibernético* no Brasil⁷⁶

Além disso, ainda foi aprovada a Lei nº 12.735, de 30 de novembro de 2012 corroborando tais pretensões que combatem delitos informáticos ao alterar o Código Penal, Código Penal Militar e a Lei no 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (que responsabiliza casos de preconceito racial). Além disso, cria um mecanismo de combate aos crimes por meio do 4º artigo⁷⁷:

74 VARELLA, M.; OLIVEIRA, C.; MOESCH, F. Salto digital nas políticas públicas: oportunidades e desafios. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

75 BRASIL. *Decreto n. 8.135, de 4 de novembro de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8135.htm>.

76 BRASIL. *Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012*. Lei Carolina Dieckmann. p. 1–2. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>.

77 BRASIL. *Lei n. 12.735, 30 de novembro de 2012*. p. 1–2. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-

Art. 4º Os órgãos da polícia judiciária estruturarão, nos termos de regulamento, setores e equipes especializadas no combate à ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

4.5. Direitos de propriedade intelectual (DPI)

Apesar de não suprir a maioria dos requisitos avaliados no relatório e estar na última colocação nesse aspecto, o Marco Civil da Internet foi a principal causa dos avanços registrados no campo dos Direitos de Propriedade Intelectual, tendo seu cerne no artigo 19 que responsabiliza civilmente por danos à Propriedade Intelectual⁷⁸:

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

Outro ponto a ser considerado é o fato de o Brasil ser signatário do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (TRIPS) da Organização Mundial do Comércio (WTO), válido a partir de 1995 e assinado por todos os 162 países membros da WTO. Contudo, devido a sua grande adesão, impede que tal fator possa ser considerado diferenciador entre os países avaliados nos relatórios da BSA, passando a ser um requisito para uma classificação considerada normal.

4.6. Apoio a padrões de mercado e harmonização internacional de regras (PH)

Esse fator, praticamente, permaneceu estável nas três avaliações da BSA, em que foram citadas, apenas, duas alterações, a primeira delas, o Decreto nº 7.903, de 4 de fevereiro de 2013, considerada um retrocesso por interferir na concorrência e no livre mercado ao favorecer vantagens fiscais à produtos nacionais em detrimento dos produtos que possuam origem internacional, tal qual pode ser observado nas tabelas em anexo do referido decreto, onde é atribuída uma *Margem de Preferência Adicional* de 10%⁷⁹.

Além disso, a criação do Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013, que “dispõe sobre a contratação no comércio eletrônico”⁸⁰, é voltada para a formalização desse processo de contratação e elenca documentos e informações necessários para que se possa comercializar via Internet e tornar o processo de compra mais garantido para o consumidor, garantindo o que se preconiza no código de defesa do consumidor. Apesar disso, não traz avanços significativos na área, ou seja, estímulo ao surgimento de novos negócios ou ao aumento no volume de vendas, conseqüentemente, nesse critério o Brasil ocupa a última posição entre os países avaliados com uma nota de 3,6 de 10 pontos possíveis.

O segundo aspecto está relacionado ao Marco Civil da Internet, considerado um avanço ao garantir a compatibilidade com padrões internacionais e de boas práticas, vindo em direção ao fortalecimento de dois pontos positivos já existentes: o Brasil possui uma das entidades responsáveis pela Organização Internacional de Normalização (ISO), a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), além de ter sido um de seus membros fundadores, possui forte comprometimento na padronização de normas internacionais, principalmente na área de Ciência, Tecnologia e Inovação.

2014/2012/lei/112735.htm>.

78 BRASIL. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Marco Civil da Internet. p. 1–8. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>.

79 BRASIL. *Decreto n. 7.903, de 4 de Fevereiro de 2013*. p. 1–4. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7903.htm>.

80 BRASIL. *Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>.

4.7. Promoção de livre comércio (LC)

Assim como no decreto anteriormente mencionado, existem barreiras impostas pelo governo ao livre comércio, corroborado pela Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010⁸¹ que altera o artigo 3º da lei de licitações, normatizando a imposição de vantagens a produtos e serviços oriundos de desenvolvimento e inovação tecnológica nacionais:

Art. 1º A Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com as seguintes alterações:

§ 7º Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecido margem de preferência adicional àquela prevista no § 5º.

§ 8º As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§ 5º e 7º, serão definidas pelo Poder Executivo federal, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.

Mecanismo legal que pode ser observado também no Decreto nº 7.174, de 12 de maio de 2010⁸² para a contratação de bens e serviços de informática e automação. Ainda é ressaltado que o Brasil não faz parte do Acordo sobre Contratos Públicos (GPA/WTO), fator que encaminham tal critério como aquele com pior avaliação diante os demais analisados nos relatórios da BSA.

4.8. Estrutura de tecnologia da informação e comunicação (TCI) e implantação de banda larga (BL)

Esse tópico retrata a situação da infraestrutura de Internet e Banda Larga no Brasil. Em termos quantitativos, esse se constitui como um dos fatores de maior crescimento na pesquisa, primeiramente, por ser um dos países com maior serviço de banda larga no mundo, atendendo por volta de 50 milhões de usuários. Vale ressaltar que não está sendo considerado a qualidade e velocidade da conexão.

Esse crescimento pode ser associado à criação do Plano Nacional de Banda Larga que visa aumentar o acesso e a velocidade média de banda larga, principalmente para favorecer a realização de eventos internacionais de grande porte como a Copa do Mundo de Futebol de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016, além do descrito no Art. 1º do Decreto nº 7.175/10⁸³:

- I - massificar o acesso a serviços de conexão à Internet em banda larga;
- II - acelerar o desenvolvimento econômico e social;
- III - promover a inclusão digital;
- IV - reduzir as desigualdades social e regional;
- V - promover a geração de emprego e renda;
- VI - ampliar os serviços de Governo Eletrônico e facilitar aos cidadãos o uso dos serviços do Estado;
- VII - promover a capacitação da população para o uso das tecnologias de informação; e
- VIII - aumentar a autonomia tecnológica e a competitividade brasileiras.

Em segundo lugar, observa-se um aumento no número de computadores pessoais nas famílias, inicialmente com 11,9% (2008), 34,9% (2010), 39,5% (2011) e 52% (2014). Concomitantemente, há um aumento

81 BRASIL. *Lei n. 12.349, de 15 de dezembro de 2010*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12349.htm>.

82 BRASIL. *Decreto n. 7.174, de 12 de maio de 2010*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7174.htm>.

83 BRASIL. *Decreto n. 7.175 de 12 de maio de 2010*. Programa nacional de banda larga (PNBL). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7175.htm>.

no número de usuários de internet, que passa de 79 milhões em 2010 para 103 milhões em 2014, entretanto, algumas informações ainda possuem uma denotação negativa como o fato da população em geral não ter acesso a internet de qualidade, apesar da quantitativa e expressiva cobertura, anteriormente mencionada.

Sendo assim, trata-se de um *trade-off* enfrentado pelo estado geral de propagação da banda larga no Brasil devido sua vasta extensão territorial, diferenciação de relevo e desigualdade social, fatos potencialmente inibidores no processo de popularização massificado do acesso, deixando rastro de assimetria informacional e analfabetismo tecnológico, com destaque para as cidades de menor porte e mais distantes dos centros urbanos.

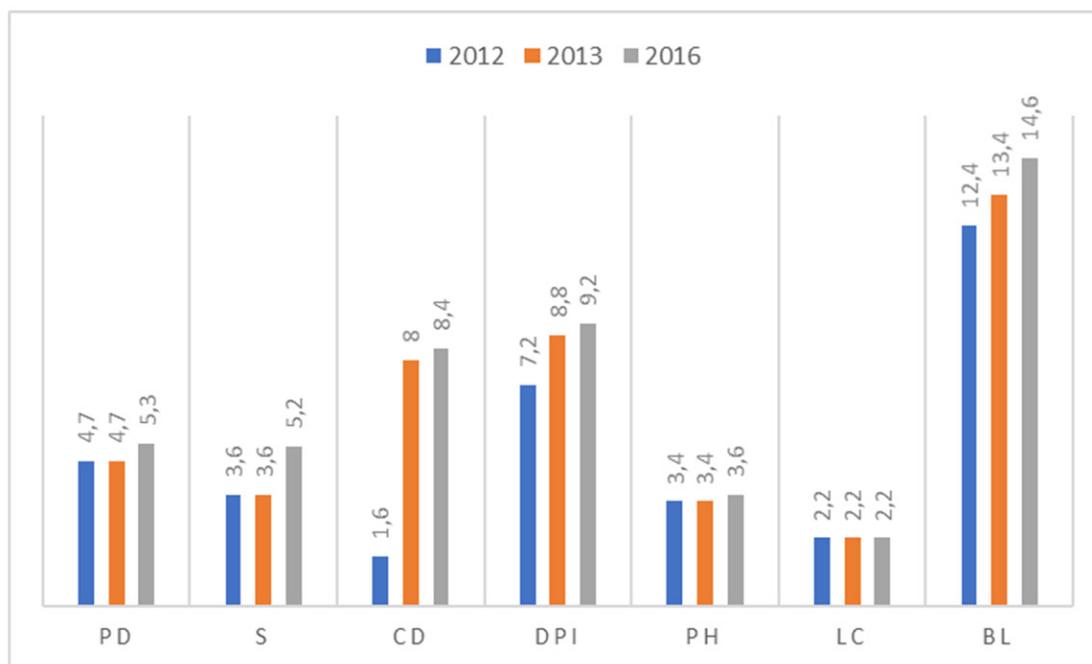
Ao dialogar tais dados e argumentações com as pesquisas encontradas na literatura, alguns fatos começam a ser elucidados com maior clareza, pois, apesar dos avanços conquistados no final do século XX, com o término do monopólio da telecomunicação em conjunto com a venda das empresas públicas do ramo, medidas responsáveis por alinhar o Brasil tecnologicamente ao mundo, fica nítido que o objetivo direcionado à lucratividade das empresas do ramo ⁸⁴.

Ainda, observa que “o número de serviços oferecidos pelas operadoras de telefonia móvel hoje é tão reduzido e caro” ⁸⁵, contudo, ao enxergar o panorama global, “o potencial do acesso à Internet em banda larga de dinamizar a economia e de trazer benefícios sociais tem levado à adoção por diversos países de programas nacionais de expansão da banda larga”⁸⁶ tal qual iniciado no Brasil.

4.9. Panorama geral e posicionamento internacional

Sobre a evolução do país, o Gráfico 1 a seguir é responsável por sintetizar a resposta para o primeiro objetivo da pesquisa, resumindo as pontuações dos itens discutidos durante o decorrer do capítulo.

Gráfico 1 – Evolução do Brasil



Fonte: BSA.

⁸⁴ LEMOS, A.; MARQUES, F. P. J. A. O Plano Nacional de Banda Larga Brasileiro: um estudo de seus limites e efeitos sociais e políticos. *E-Compós*, v. 15, n. 1, 2012.

⁸⁵ LEMOS, A.; JOSGRILBERG, F. *Comunicação e mobilidade: aspectos socioculturais das tecnologias móveis de comunicação no Brasil*. Salvador: EDUFBA, 2009.

⁸⁶ SOUTO, Á. A.; CAVALCANTI, D. B.; MARTINS, R. P. *Um plano nacional para banda larga*. Brasília: [s.n.].

A *Privacidade de Dados* (PD) esteve estática durante as duas primeiras avaliações, assim como o quesito *Segurança* (S), o segundo, apesar de ter uma pontuação levemente menor (5,2) do que o primeiro (5,3), obteve um salto de maior proporção, ambos impulsionados pelo Marco Civil da Internet, evidenciado na pesquisa como o principal mecanismo legal mencionado nas avaliações da BSA, por trazer avanços na legislação brasileira.

No final do ano de 2012, entre a primeira e a segunda avaliação foram aprovadas as primeiras leis de combate ao *Crime Digital* (CD), por isso, observa-se um aumento em mais de 4 vezes na avaliação brasileira perante o cenário internacional, demonstrando, então, a importância do desenvolvimento de tais políticas, percebe-se que este pode ser um dos quesitos mais importantes para a iniciativa privada e capital investidor internacional, por isso, tal fato foi tão bem avaliado nos relatórios da BSA

Em relação aos *Direitos de Propriedade Intelectual* (DPI), não puderam ser observados avanços exógenos, mas, sim, aqueles oriundos do Marco Civil da Internet e as leis de combate ao crime digital. Nesse aspecto o Brasil tem espaço para conseguir uma avaliação positiva por meio da assinatura do Tratado de Direitos Autorais (WTC) desenvolvido pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (WIPO) no ano de 1996.

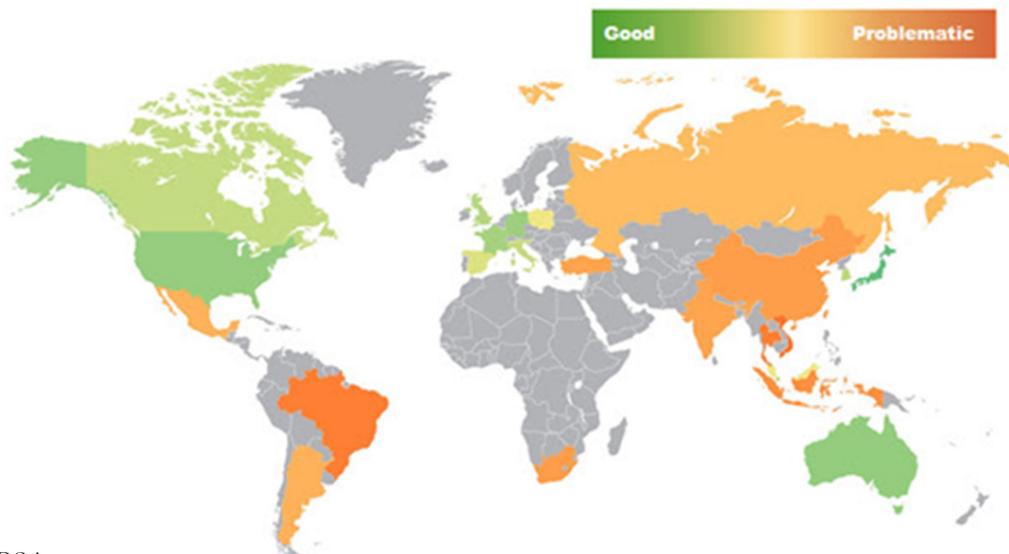
Sobre o *Apoio a Padrões de Mercado e Harmonização Internacional de Regras* (PH), as políticas nacionais continuaram estáticas, refletindo, praticamente, na mesma pontuação. O relatório da BSA dá ênfase na necessidade de criação de mecanismos responsáveis por fomentar o comércio eletrônico, pois o Decreto nº 7.962/13 é muito limitado.

Sinteticamente, os dados apresentados mostram que, em nenhum dos aspectos analisados, houve retrocesso na pontuação atribuída às políticas brasileiras, entretanto, percebe-se que outros aspectos evoluem em um ritmo lento e até mesmo ficam estagnados com o passar do tempo, caso explícito da *Promoção de Livre Comércio* (LC) que somente fica à frente do Vietnã (1,4 pontos em 2012, 2013 e 2016), Indonésia (2 pontos em 2013 e 2016), África do Sul (1,8 pontos em 2013 e 2016) e China (1 ponto em 2016), ou seja, são países que se mantiveram estáticos durante as avaliações, ou até mesmo retrocederam, como a China, estável nas duas primeiras avaliações com 4,8 pontos.

A *Estrutura de Tecnologia da Informação e Comunicação e Implantação de Banda Larga* (BL) é o item em que o Brasil possui melhor avaliação, principalmente devido ao Programa Nacional de Banda Larga de 2010, período anterior à realização das avaliações, por isso, suas consequências já puderam ser observadas como a rápida expansão no acesso à internet e banda larga associado ao, também, aumento de velocidade.

Ao analisar a questão da Banda Larga no Brasil, de maneira generalizada, percebe-se que o país sempre se manteve nas últimas posições do Ranking, estando em vigésimo quarto na avaliação de 2012 e em vigésimo segundo nas avaliações de 2013 e 2016. Sendo considerado um país de nível problemático dentro dos quesitos tratados na pesquisa da BSA, tal qual pode ser observado na Figura 2 a seguir:

Figura 2 – Ambiente de Política de Computação em Nuvem em 2013

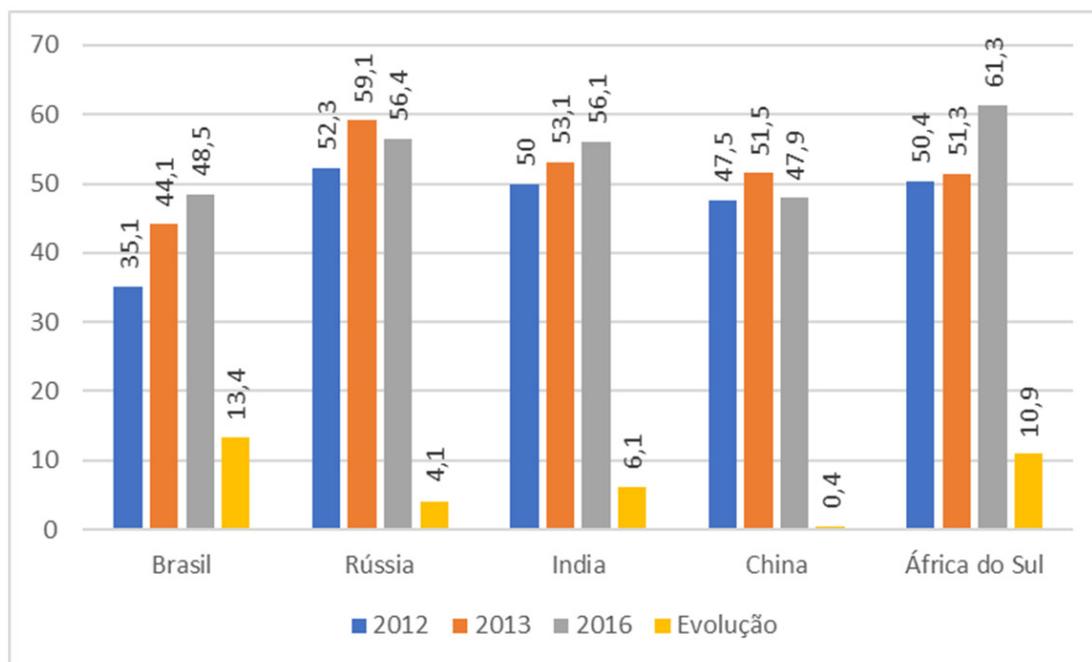


Fonte: BSA.

Este destaque negativo demonstra que o Brasil está numa zona de alerta para os investidores internacional, isso pode ser um sinal de alerta e consequente oportunidade para o desenvolvimento e reformulação de um novo direcionamento nas políticas públicas nacionais de tecnologia da informação como um todo, tendo em vista o diagnóstico da BSA, critérios claros podem ser observados para que o país consiga trilhar um caminho de avanços nos próximos anos.

Entretanto, comparar os resultados da avaliação do Brasil, e países em desenvolvimento, com países com avançado processo de industrialização, científico e tecnológico pode ser considerado como de caráter desproporcional. Por isso, o Gráfico 2 traz a comparação dos países pertencentes ao BRICS (sigla que representa o bloco composto por Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), conjunto de países em desenvolvimento que tiveram boas taxas de crescimento econômico na última década e são similares em diversos aspectos.

Gráfico 2 – Políticas de Computação em Nuvem dos BRICS



Fonte: BSA.

Os resultados da classificação demonstram que Brasil, Índia e África do Sul sempre cresceram continuamente, enquanto China e Rússia obtiveram uma queda na última avaliação, explicada por fatores distintos. A China perdeu a maioria de sua pontuação devido ao declínio no indicador *Promoção de Livre Comércio*, sendo considerado o país com a menor pontuação nesse quesito em 2016, enquanto a Rússia decresceu pouco de uma maneira geral em quase todas as variáveis de análise, demonstrando um retrocesso generalizado.

Por fim, a coluna em amarelo representa a evolução dos países do BRICS durante os períodos de avaliação, sendo calculada a partir da diferença o período mais recente e o mais antigo. Nessa perspectiva de análise, é evidente que o Brasil é o país com maiores índices de crescimento, apesar de ainda ter uma pontuação geral menor que Rússia, Índia e África do Sul. Ao utilizar tal visão, pode-se inferir que, nos próximos anos, até mesmo na próxima década, o Brasil pode alcançar níveis de referência no quesito de políticas públicas de computação em nuvem comparando-se a outros países em desenvolvimento.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As análises realizadas no presente trabalho de pesquisa evidenciam, na maioria dos tópicos, a importância do Marco Civil da Internet como principal instrumento legal sustentador das políticas públicas de Computação em Nuvem, embasando seu crescimento em determinadas categorias presentes nos relatórios do BSA como privacidade de dados, segurança, direitos de propriedade intelectual e na harmonização com regras do mercado e padrões internacionais.

Dentre as recomendações, percebe-se que o Brasil pode ter como *benchmarking* o desempenho de vários países, além de poder observar padrões de comportamentos recorrentes nos líderes do ranking: Japão, Austrália, Alemanha, Estados Unidos e França, para embasar e adaptar políticas já existentes à realidade local nacional. Além disso, pode-se tomar como guia alguns manuais de políticas já existentes, tais quais as recomendações da agência governamental norte-americana National Institute of Standards and Technology (NIST), iniciativas do governo australiano em documentos como *Australian Government Cloud Computing Policy* e *Cloud Computing Policy and Guidelines*, e no Reino Unido por meio da *Government Cloud Strategy*.

Por fim, conclui-se que o Brasil está bem atrás das grandes potências tecnológicas mundiais, grandes economias internacionais e até mesmo de outras economias não tão desenvolvidas, entretanto, quando comparado ao bloco econômico dos BRICS, possui a maior taxa de evolução, perspectiva positiva diante das demais observadas no decorrer da discussão do artigo, fato que pode proporcionar uma visão de futuro de crescimento para o país.

Ainda assim, é observável uma crescente preocupação por políticas de tecnologia da informação, esse fato pode ser demonstrado por meio do recente aumento da frequência de aprovação e discussão de leis direcionadas a tal finalidade, em que a maioria dos itens listados no Quadro 2 é relativa aos últimos cinco anos, dentre as mais importante o Marco Civil da Internet de 2014 e as leis de crime digital de 2012

Como opções de estudos futuros, são evidentes as possibilidades de realizar comparações mais aprofundadas entre os países, além de utilizar métodos quantitativos para estabelecer relações entre políticas, cálculo relativo de eficiência, verificar o impacto e repercussão da implantação de programas e políticas, além de tendências e causalidades e até mesmo eficiência no consumo de recursos públicos.

Outras oportunidades surgem com um propósito diferente, como a efetivação de entrevista com gestores, analistas e técnicos especialistas da área de Tecnologia da Informação na intenção de verificar falhas percebidas nas políticas públicas que precisam de melhor sustentação, por exemplo. Como método de coleta de dados, um questionário pode ser adaptado com base nos critérios de avaliação dos relatórios da BSA visando encontrar pontos de tendência de crescimento internacional, ou ainda, por meio do instrumento publicado por Lucena, Costa e Medeiros ⁸⁷.

87 LUCENA, I. V. DE; COSTA, L. DOS S.; MEDEIROS, M. F. M. Revista brasileira de políticas públicas. *Revista Brasileira de*

REFERÊNCIAS

- AGHA, L. The effects of health information technology on the costs and quality of medical care. *Journal of Health Economics*, v. 34, n. 1, p. 19–30, 2014.
- ARMBRUST, B. et al. A View of Cloud Computing. v. 4, n. 1, p. 54, 2010.
- ARMBRUST, M. et al. *Above the clouds: A Berkeley view of cloud computing* University of California, Berkeley, Tech. Rep. UCB. [s.l.: s.n.].
- ASH, J. S.; BERG, M.; COIERA, E. Some Unintended Consequences of Information Technology in Health Care: The Nature of Patient Care Information System-related Errors. *Journal of the American Medical Informatics Association*, v. 11, n. 2, p. 104–112, 2004.
- BRANCO JR., E. C.; MACHADO, J. C.; MONTEIRO, J. M. Estratégias para Proteção da Privacidade de Dados Armazenados na Nuvem. In: TÓPICOS em Gerenciamento de Dados e Informações 2014. [s.l.]: Sociedade Brasileira de Computação, 2014. p. 46–76.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. p. 496. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
- BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. p. 1–20. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>.
- B BRASIL. *Lei n. 9.507, de 12 de Novembro de 1997*. p. 1–3. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm>.
- BRASIL. *Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012*. Lei Carolina Dieckmann. p. 1–2. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>.
- BRASIL. *Lei n. 12.735, 30 de novembro de 2012*. p. 1–2. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12735.htm>.
- BRASIL. *Decreto n. 7.903, de 4 de Fevereiro de 2013*. p. 1–4. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7903.htm>.
- BRASIL. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Marco Civil da Internet. p. 1–8. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>
- BUHR, B. L. Traceability and Information Technology in the Meat Supply Chain: Implications for Firm Organization and Market Structure. *Journal of Food Distribution Research*, v. 34, n. 1996, p. 13–26, 2003.
- BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE (Washington). *2012 BSA Global Cloud Computing Scorecard: A Blueprint for Economic Opportunity*. 2012. Disponível em: <<http://bsa.org>>. Acesso em: 1 set. 2017.
- BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE (Washington). *2013 BSA Global Cloud Computing Scorecard: A Clear Path to Progress*. 2013. Disponível em: <<http://bsa.org>>. Acesso em: 1 set. 2017.
- BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE (Washington). *2016 BSA Global Cloud Computing Scorecard: Confronting New Challenges*. 2016. Disponível em: <<http://bsa.org>>. Acesso em: 1 set. 2017.
- BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE (Washington). *Classificação global BSA 2013 de computação em nuvem: O Caminho Certo Para o Progresso*. 2013. Disponível em: <<http://bsa.org>>. Acesso em: 1 set. 2017.
- BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE (Washington). *Countries: 2013 BSA Global Cloud Computing Scorecard*. 2017. Disponível em: <<http://cloudscorecard.bsa.org/2013/countries.html>>. Acesso em: 1 set. 2017.

- BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE (Washington). *Country report: Brazil*. 2012. Disponível em: <<http://bsa.org>>. Acesso em: 1 set. 2017.
- BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE (Washington). *Country report: Brazil*. 2013. Disponível em: <<http://bsa.org>>. Acesso em: 1 set. 2017.
- BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE (Washington). *Country report: Brazil*. 2016. Disponível em: <<http://bsa.org>>. Acesso em: 1 set. 2017.
- BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE (Washington). *Pontuação global de computação em nuvem da BSA: Um Guia para Oportunidades Econômicas*. 2012. Disponível em: <<http://bsa.org>>. Acesso em: 1 set. 2017.
- CÂNDIDO, A. C. Posicionamento do Brasil face aos países mais avançados em cloud computing. *IET Working Papers Series*, p. 1–22, 2015.
- CHAUDHRY, B. et al. Systematic review: impact of health information technology on quality, efficiency, and costs of medical care. *Annals of Internal Medicine*, v. 144, p. 742–752, 2006.
- DEMIRKAN, H.; DELEN, D. Leveraging the capabilities of service-oriented decision support systems: Putting analytics and big data in cloud. *Decision Support Systems*, v. 55, n. 1, p. 412–421, 2013.
- FERNANDO, N.; LOKE, S. W.; RAHAYU, W. Mobile cloud computing: A survey. *Future Generation Computer Systems*, v. 29, n. 1, p. 84–106, 2013.
- FERREIRA, M. M.; MARTINS, J. M.; SALGADO, E. G. Aplicação do método Analytic Hierarchy Process para a adoção de computação em nuvem em empresas juniores. *Revista Eletrônica de Sistemas de Informação e de Gestão Tecnológica*, v. 5, n. 1, 19 abr. 2013.
- GARRISON, G.; KIM, S.; WAKEFIELD, R. L. Success factors for deploying cloud computing. *Communications of the ACM*, v. 55, n. 9, p. 62, 2012.
- GIL, A. C. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1989.
- GIL, A. C. *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GREER JR., M. B. *Software as a Service inflection point : using Cloud computing to achieve business agility*. Bloomington: iUniverse, Inc, 2009.
- JACKSON, K. R. et al. Performance Analysis of High Performance Computing Applications on the Amazon Web Services Cloud. *2010 IEEE Second International Conference on Cloud Computing Technology and Science*, n. November 2010, p. 159–168, 2010.
- JAEGER, P. T. Journal of Information Technology and Politics. *Computing*, v. 5, n. 3, p. 269–283, 2008.
- KATZAN JR., H. The educational value of cloud computing. *Contemporary Issues in Education Research*, v. 3, n. 7, p. 37–42, 2010.
- KELLERMANN, A. L.; JONES, S. S. What it will take to achieve the as-yet-unfulfilled promises of health information technology. *Health Affairs*, v. 32, n. 1, p. 63–68, 2013.
- KUHLMANN, F.; BRODERSEN, C. Information technology and farm management: developments and perspectives. *Computers and Electronics in Agriculture*, v. 30, n. 1–3, p. 71–83, fev. 2001.
- LÉGER, P.-M. et al. Business Simulation Training in Information Technology Education: Guidelines for New Approaches in IT Training. *Journal of Information Technology Education*, v. 10, n. 1, p. 39–53, 2011.
- LEMOES, A.; JOSGRILBERG, F. *Comunicação e mobilidade: aspectos socioculturais das tecnologias móveis de comunicação no Brasil*. Salvador: EDUFBA, 2009.

- LEMOS, A.; MARQUES, F. P. J. A. O Plano Nacional de Banda Larga Brasileiro : um estudo de seus limites e efeitos sociais e políticos. *E-Compós*, v. 15, n. 1, 2012.
- LUCENA, I. V. DE; COSTA, L. DOS S.; MEDEIROS, M. F. M. Revista brasileira de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 1, p. 264–285, 8 maio 2017.
- MARINAGI, C.; TRIVELLAS, P.; SAKAS, D. P. The Impact of Information Technology on the Development of Supply Chain Competitive Advantage. *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, v. 147, p. 586–591, 2014.
- MARINOS, A.; BRISCOE, G. Community Cloud Computing. In: FIRST INTERNATIONAL CONFERENCE, 2009. *Anais...*Beijing, 15 jul. 2009.
- MARSTON, S. et al. Cloud computing: The business perspective. *Decision Support Systems*, v. 51, n. 1, p. 176–189, 2011.
- MÁXIMO, E.; RODRIGUES, L. B. P. S. DE A. A criminalidade aliada a tecnologia: uma abordagem acerca dos meios insuficientes para prevenção e repressão no ciberespaço. *Juris Rationis*, v. 8, n. 2, p. 17–28, 20 jul. 2009.
- MELIÁN-GONZÁLEZ, S.; BULCHAND-GIDUMAL, J. A model that connects information technology and hotel performance. *Tourism Management*, v. 53, p. 30–37, abr. 2016.
- MELL, P.; GRANCE, T. *The NIST Definition of Cloud Computing Recommendations of the National Institute of Standards and Technology*. Gaithersburg: [s.n.].
- MONTI, D. M. *Projeto de Lei n. 5.276 de 2016*. p. 1–22. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=62B6CCB8D15F03BD169F7421D3CDB6EE.proposicoesWeb1?codteor=1457971&filename=Avulso+-PL+5276/2016>.
- OLIVEIRA, T.; THOMAS, M.; ESPADANAL, M. Assessing the determinants of cloud computing adoption: An analysis of the manufacturing and services sectors. *Information and Management*, v. 51, n. 5, p. 497–510, 2014.
- OLIVER, A. S. Information Technology and Transportation: Substitutes or Complements? *Munich Personal RePEc Archive Information*, n. 22938, p. 0–19, 2014.
- PAQUETTE, S.; JAEGER, P. T.; WILSON, S. C. Identifying the security risks associated with governmental use of cloud computing. *Government Information Quarterly*, v. 27, n. 3, p. 245–253, 2010.
- PARIHAR, S. S.; MISHRA, B.; RAI, D. P. Sustainable Models of Information Technology for Agriculture and Rural Development. *Computer*, v. 10, n. 1, p. 20–23, 2010.
- PINHEIRO, B. N. et al. A Terceirização da Tecnologia da Informação e a Computação em Nuvem: um Estudo de Caso na Empresa de Comércio Eletrônico Barato Bom. In: SIMPÓSIO DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO E TECNOLOGIA, 9., 2012. *Anais...*, 2012
- PRIETO, L. P. et al. Smart school multimodal dataset and challenges. *CEUR Workshop Proceedings*, v. 1828, p. 53–59, 2017.
- SALIN, V. Information technology in agri-food supply chains. *The International Food and Agribusiness Management Review*, v. 1, n. 3, p. 329–334, 1998.
- SILVA, R. A. DA; BERNARDES, M. DE S. A espionagem dos Estados Unidos da América e a violação da privacidade de dados pessoais dos brasileiros na Internet. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, v. 3, n. 1, p. 50–75, 16 dez. 2012.
- SOUTO, Á. A.; CAVALCANTI, D. B.; MARTINS, R. P. *Um plano nacional para banda larga*. Brasília: [s.n.],

- STEIN, L. D. The case for cloud computing in genome informatics. *Genome Biology*, v. 11, n. 5, p. 207, 2010.
- SUBASHINI, S.; KAVITHA, V. A survey on security issues in service delivery models of cloud computing. *Journal of Network and Computer Applications*, v. 34, n. 1, p. 1–11, 2011.
- TAURION, C. *Cloud Computing: Computação em Nuvem*. Rio de Janeiro: Brasport, 2009.
- TEIXEIRA, E. *As três metodologias: acadêmica, da ciência e da pesquisa*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- VARELLA, M.; OLIVEIRA, C.; MOESCH, F. Salto digital nas políticas públicas: oportunidades e desafios. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.
- VERGARA, S. C. *Projetos e relatórios de pesquisa em administração*. [s.l: s.n.], v. 1.
- WAGNER, D.; VOLLMAR, G.; WAGNER, H.-T. The impact of information technology on knowledge creation. *Journal of Enterprise Information Management*, v. 27, n. 1, p. 31–44, 2014.
- WAN, J. et al. IoT sensing framework with inter-cloud computing capability in vehicular networking. *Electronic Commerce Research*, v. 14, n. 3, p. 389–416, 2014.
- WANG, Y.; CHEN, Y.; BENITEZ-AMADO, J. How information technology influences environmental performance: Empirical evidence from China. *International Journal of Information Management*, v. 35, n. 2, p. 160–170, 2015.
- XIANG, Z.; MAGNINI, V. P.; FESENMAIER, D. R. Information technology and consumer behavior in travel and tourism: Insights from travel planning using the internet. *Journal of Retailing and Consumer Services*, v. 22, p. 244–249, jan. 2015.
- XU, X. From cloud computing to cloud manufacturing. *Robotics and Computer-Integrated Manufacturing*, v. 28, n. 1, p. 75–86, 2012.
- YIN, R. K. *Pesquisa Qualitativa do Início ao Fim*. Porto Alegre: Penso, 2016.
- YOO, C. S. Cloud Computing: Architectural and Policy Implications. *Review of Industrial Organization*, v. 38, n. 4, p. 405–421, 2011.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

O uso monopolista do *Big Data* por empresas de aplicativos: políticas públicas para um desenvolvimento sustentável em cidades inteligentes em um cenário de economia criativa e de livre concorrência

The *Big Data* monopolistic use by technology companies: public policies for sustainable development in smart cities in a scenario of creative economy and free competition

José Antonio Remedio

Marcelo Rodrigues da Silva

O uso monopolista do *Big Data* por empresas de aplicativos: políticas públicas para um desenvolvimento sustentável em cidades inteligentes em um cenário de economia criativa e de livre concorrência*

The *Big Data* monopolistic use by technology companies: public policies for sustainable development in smart cities in a scenario of creative economy and free competition

José Antonio Remedio**

Marcelo Rodrigues da Silva***

* Recebido em 31/10/2017
Aprovado em 03/11/2017

** Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de Graduação e Pós-graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo Aposentado. Advogado. Email: jaremedio@yahoo.com.br

*** Mestrando em Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP (bolsista CAPES/PROSUP e CAPES/PROSUC). LL.M. em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP/FDRP). Especialista em Direito Contratual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Especialização em Direito Público pelo Damásio em convênio com a Universidade Potiguar. Colunista da Escola Superior de Direito Público (ESDP). Professor convidado da TV Justiça (Coordenada pelo Supremo Tribunal Federal - STF). Professor convidado da pós-graduação em Criminologia, Direito Penal e Processo Penal da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-CAMPINAS). Professor convidado da pós-graduação em Ciências Criminais na Rede de Ensino LFG/Anhanguera. Professor do Atualidades do Direito (Portal AD). Ex-representante do IDESPBRASIL. Advogado. Associado ao IBCCRIM, CONPEDI e BRASILCON. Email: marcelordsadv@gmail.com

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar o uso do *Big Data* por empresas de aplicativos, com ênfase às políticas públicas voltadas para um desenvolvimento sustentável, em cidades inteligentes, em um cenário de economia criativa. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, com base em pesquisa doutrinária. Historicamente, a urbanização desordenada das cidades, com a saturação demográfica de seu espaço geográfico, tem acarretado inúmeros problemas urbanísticos aos indivíduos e à sociedade, como a instalação de habitações precárias, a implantação de transporte público inadequado e a ocorrência de ofensas ambientais das mais variadas ordens. O *Big Data*, na atualidade, possibilita o acompanhamento de comportamentos humanos em tempo real e de maneira massificada, proporcionando inteligência às cidades, quando devidamente processados e analisados os dados que o integram. A cidade inteligente, gerida por dados, é caracterizada pela capacidade dos gestores utilizarem tecnologias próprias para a geração, captação, processamento e análise de dados, visando, entre outros fins, ao desenvolvimento de áreas sociais, educacionais, econômicas e ecológicas em relação ao ambiente urbano. Conclui-se que o uso do *Big Data*, com a integração da sociedade em rede, possibilita a implementação de uma economia criativa, colaborativa e compartilhada, permitindo a ampliação e concretização de diversas funções sociais da cidade, em especial por meio da implementação de políticas públicas pelos gestores públicos, voltadas para a transformação e prestação dos serviços públicos, por meio da adequada gestão do meio ambiente urbano, contribuindo, assim, para o desenvolvimento urbano sustentável e para a cidade mais humanizada.

Palavras-chaves: *Big Data*. Cidades inteligentes. Desenvolvimento sustentável. Economia criativa. Empresas de tecnologia. Processo Coletivo.

ABSTRACT

The purpose of this paper is the use of Big Data by software companies, with emphasis on public policies geared towards sustainable development, smart cities, and a creative economic scenario. The method used is the hypothetical-deductive, based on doctrinal research. Historically, the disorderly urbanization of cities, with a demographic saturation of its geographic space, has led to innumerable urban problems to its people and society, such as precarious housing, insufficient public transportation and the occurrence of a variety of environmental offenses. Today, Big Data enables the monitoring of human behaviors in real time, providing intelligence to the cities when properly processed and analyzed. The intelligent, data-driven city, is characterized by the ability of its managers to use their technology for generation, capture, processing and data analysis, aiming to develop social, education, economic and ecological areas in relation to the urban environment. In conclusion, the use of Big Data, with a network integrated society, allows the implementation of a creative, collaborative and shared economy, allowing the widening and concretization of several public functions, specially through public policies by public managers, aimed to the transformation and provision of public services, through a good urban environment management and contributing to a sustainable urban development and a more humanized city.

Keywords: Big Data. Smart cities. Sustainable development. Creative economy. Technology companies. Collective process.

1. INTRODUÇÃO

A urbanização desordenada das cidades, fenômeno que ocorre há várias décadas, com a saturação demográfica de seu espaço geográfico, tem provocado inúmeras dificuldades e transtornos aos indivíduos e à sociedade, como a instalação de habitações precárias, a implantação de transporte público inadequado, a precariedade na prestação dos serviços públicos essenciais, a ineficiência da segurança pública, o crescimento da poluição ambiental e a ampliação do desemprego.

O crescimento horizontal desordenado, com a proliferação de aglomerações, metropolizações e macrocefalias urbanas, desqualifica o espaço geográfico das cidades, dando ensejo à saturação do referido espaço, gerando, por conseguinte, problemas urbanos das mais variadas ordens.

A precariedade da gestão pública, em relação à aplicação dos recursos públicos, também contribui para a ampliação do problema urbano, seja em face da inabilidade do gestor, dando ensejo ao desperdício dos recursos, seja em razão da má-fé do gestor, por meio de desvio de recursos públicos em seu favor ou de terceiros.

O século XXI, dando ensejo ao nascimento da Era da Informação, apresenta o surgimento de uma “sociedade em rede”, na qual os avanços da tecnologia da informação e comunicação geram importantes reflexos sociais, inclusive em relação às cidades.¹

Nesse contexto surge o *Big Data*, que possibilita o acompanhamento de comportamentos humanos em tempo real e de maneira massificada, proporcionando inteligência às cidades, quando devidamente processados e analisados os dados que o integram.

A cidade inteligente, gerida por dados, é caracterizada pela capacidade de os gestores utilizarem tecnologias próprias para a geração, captação, processamento e análise de dados, objetivando, entre outros fins, o desenvolvimento de áreas sociais, educacionais, econômicas e ecológicas em relação ao ambiente urbano.

1 CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra. 1999. v.1. p. 488.

O processo coletivo, como instrumento judicial de implementação dos direitos difusos e coletivos, constitui um dos efetivos instrumentos a possibilitar a concretização do objeto das *Smart Cities*.

Estruturalmente, a pesquisa é dividida em três partes: a primeira analisa a urbanização das cidades e a sociedade em rede, com ênfase à economia criativa, colaborativa e compartilhada como formas de concretização de funções sociais da cidade; a segunda enfoca as *Smart Cities* e sua relação com as políticas públicas guiadas a partir do *Big Data (data driven cities)*; a última aborda a concorrência e *Big Data Business* relevantes às *Smart Cities*, com o estudo de caso envolvendo a aquisição do Waze pelo Google.

A pesquisa, valendo-se do método hipotético-dedutivo, tem como objetivo analisar o uso do *Big Data* por empresas de aplicativos, com ênfase às políticas públicas voltadas para um desenvolvimento sustentável, em cidades inteligentes, em um cenário de economia criativa.

Tem-se, como hipótese, que o *Big Data*, integrando a sociedade em rede e colaborando para o surgimento da cidade inteligente, possibilita a implementação de uma economia criativa, colaborativa, compartilhada e de livre concorrência, permitindo a ampliação e a concretização de diversas funções sociais da cidade, em especial por meio da implementação de políticas públicas pelos gestores públicos, voltadas para a transformação e a prestação dos serviços públicos, contribuindo, assim, para o desenvolvimento urbano sustentável e para uma cidade mais humanizada.

2. A URBANIZAÇÃO DAS CIDADES E A SOCIEDADE EM REDE: ECONOMIA CRIATIVA, COLABORATIVA E COMPARTILHADA COMO FORMAS DE CONCRETIZAÇÃO DE FUNÇÕES SOCIAIS DA CIDADE

A transição abrupta, no Brasil, do modelo econômico agrário-exportador para o industrial, a partir da década de 1930, tornou as zonas urbanas mais atrativas em razão da expectativa pela oferta de empregos na indústria e no comércio, avanços nas áreas de transportes, iluminação urbana e outros relacionados à infraestrutura, impulsionando, assim, o êxodo rural e a conseqüente urbanização vertiginosa, irracional e desordenada de algumas regiões do território brasileiro.

Em 2010, conforme apontou o Censo Demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE² do mesmo ano, a população brasileira que vivia nas cidades era de 84,36%, o que representava 160.925.792 de pessoas, e esse percentual tendia a aumentar.

Ao revés do que ocorreu em países desenvolvidos, a oferta de empregos urbanos não atendeu o fluxo migratório, gerando *déficit* habitacional e assentamentos urbanos informais densamente povoados, caracterizados por moradias precárias e miséria, a exemplo das favelas³. De outro lado, aqueles que conseguiram empregos na indústria (a massa trabalhadora), fixaram-se nas periferias das cidades, normalmente em parcelamentos do solo ou loteamentos urbanos de baixo custo, nos quais era facilitada a aquisição dos lotes ou terrenos pela população migratória.

A compreensão ultrapassada de desenvolvimento como sinônimo de crescimento econômico⁴, medido unicamente pelo produto interno bruto (PIB)⁵, gerou reflexos negativos nas políticas públicas dos anos 70, que, de acordo com Marcelo Dias Varella, levaram à ideia de ser necessário primeiramente acumula-

2 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Censo Demográfico 2010*. Disponível em: <<https://censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?dados=11&tuf=00>>. Acesso em: 27 out. 2017.

3 CAMPOS FILHO, Cândido Malta. *Cidades brasileiras: seu controle ou caos: o que os cidadãos devem fazer para a humanização das cidades no Brasil*. São Paulo: Studio Nobel, 1999. p. 30.

4 Segundo Amartya Sen, não se pode medir desenvolvimento com o crescimento econômico, pois justamente esconde a desigualdade social. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Rio de Janeiro: Companhia de Bolso, 2010.

5 PIB é a sigla para Produto Interno Bruto e representa a soma, em valores monetários, de todos os bens e serviços finais produzidos numa determinada região, durante um determinado período.

ção individual de capital, para, posteriormente, implementar políticas públicas sociais para inserção dos mais pobres⁶. Esse modelo de gestão econômica gerou a concentração de esforços governamentais em setores prioritários, principalmente a Indústria. Assim, “a infraestrutura urbana, igualmente, alinhou-se a esta lógica clientelista de concessão de privilégios aos setores industriais e às classes sociais abastadas”⁷, concentrando a “aplicação de recursos para a urbanização de bairros que já tinham equipamentos públicos básicos, fomentando-se o adensamento populacional destas zonas e a abreviação da suficiência das instalações implantadas”⁸.

Houve, segundo Andrea Teichmann Vizzotto, a divisão territorial das cidades conforme as classes sociais⁹. Aglomerações urbanas¹⁰, metropolizações¹¹ e macrocefalias urbanas¹² são expressões do crescimento horizontal desqualificado do espaço geográfico urbano, e resultaram em saturação do referido espaço, dificultando a absorção pelas cidades, nas searas econômica e geográfica, dos quantitativos populacionais existentes, gerando habitações precárias e irregulares (ou mesmo ausência destas¹³), mobilidade urbana deficiente, segurança pública ineficiente, transportes públicos inaptos, saneamento básico inadequado, problemas ambientais etc.

A elevada densidade populacional urbana, somada à baixa performance ou inabilidade do gestor público, ocasiona alocação inadequada de recursos públicos (ausência de qualidade dos gastos públicos), culminando no desperdício passivo (*n.g.*: obras inacabadas, investimentos desnecessários, morosidade de atuação etc.). O problema agrava-se com quadros de má-fé (improbidade administrativa) do gestor público, a exemplo do que ocorre com a corrupção administrativa (desperdício ativo).

A título de exemplo, conforme informação de Débora Brito, citada por José Antonio Remedio, em balanço divulgado em dezembro de 2016, referente à operação Lava Jato, constatou-se que em 2016 foram iniciadas 17 investigações e apresentadas 20 denúncias por crimes de corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro e organização criminosa; cerca de R\$500 milhões foram devolvidos à Petrobrás desde o início da operação; o valor das propinas pagas supera R\$6,4 bilhões; o total dos prejuízos poderá ultrapassar R\$40

6 VARELLA, Rodrigo Dias. *Evolução do conceito de desenvolvimento: do crescimento econômico a expansão das liberdades*. 12 de dezembro de 2011. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?time_continue=2899&v=C7E_1aMPE-E>. Acesso em: 29 out. 2017.

7 HUNGARO, Luis Alberto. *Parceria público-privada municipal: a concretização de funções sociais da cidade: habitação, saneamento básico e mobilidade urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 13.

8 HUNGARO, Luis Alberto. *Parceria público-privada municipal: a concretização de funções sociais da cidade: habitação, saneamento básico e mobilidade urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 13.

9 VIZZOTTO, Andrea Teichmann. A recuperação de mais-valias urbanas e os eventos esportivos. In: ALFONSIN, Betânia Moraes; PAGANI, Elaine Adelina; SOMENSI, Simone (Org.) *Congresso Comemorativo aos 30 anos do Estatuto da Cidade – II Congresso de Direito Urbano-Ambiental*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior de Direito Municipal, 2011. p. 96.

10 Conforme artigo 2º, inciso I do Estatuto da Metrópole (Lei nº 13.089/2015), considera-se aglomeração urbana a “unidade territorial urbana constituída pelo agrupamento de 2 (dois) ou mais Municípios limítrofes, caracterizada por complementaridade funcional e integração das dinâmicas geográficas, ambientais, políticas e socioeconômicas”. BRASIL. *Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113089.htm>. Acesso em: 29 out. 2017.

11 A metropolização consiste no processo de crescimento urbano de uma cidade e sua constituição como centralidade de uma região metropolitana, isto é, de uma área composta por vários municípios que congregam a mesma dinâmica espaço-territorial. A metrópole passa a ser vista como a zona na qual as demais cidades tornam-se dependentes e interligadas economicamente. Entre os exemplos de metrópoles no Brasil, tem-se as cidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Salvador, Goiânia, Porto Alegre e muitas outras.

12 A macrocefalia urbana é caracterizada pela demasiada concentração de atividades econômicas, equipamentos urbanos, oferta de serviços e população em uma limitada espacialidade. Grandes centros urbanos de países periféricos e semiperiféricos consistem na perfeita manifestação da macrocefalia urbana, a exemplo do que ocorre no Brasil, país que possui cerca de 5.574 cidades, porém 22 delas tão somente concentram funções econômicas, culturais, políticas, administrativas, deixando as demais cidades dependentes de tudo que acontece nessas 22. A macrocefalia urbana é uma consequência do processo de desqualificação da urbanização, pois na medida em que a população se transfere do campo para as cidades de maneira acelerada, desorganizada e descapitalizada, não há tempo de se implantar uma infraestrutura urbana bem distribuída, gerando a intensa concentração que manifesta a macrocefalia.

13 O Censo 2010 aferiu a demanda de 6,490 milhões de moradias, o que correspondia a 12,1% dos domicílios do país. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. *Censo Demográfico 2010*. Disponível em: <<https://censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?dados=11&uf=00>>. Acesso em: 27 out. 2017.

bilhões; houve 120 condenações penais e mais de 1.200 anos de pena foram aplicados aos infratores na esfera criminal.¹⁴

No século XXI (Era de Informação), testemunha-se um momento de ruptura com a “sociedade industrial”, com o nascimento de uma “sociedade em rede” (terminologia adotada por Manuel Castells¹⁵), em que os avanços da tecnologia da informação e comunicação geram importantes reflexos sociais, inclusive no que tange às cidades. De acordo com Manuel Castells, “a era da informação está introduzindo uma nova forma urbana, a cidade informacional”¹⁶, em que há uma potencialização da interação pela via de um “canal horizontal de comunicação”¹⁷ entre administrados e Administração Pública. Segundo Yoachai Benkler, as redes permitem que todos os cidadãos mudem suas relações com a esfera pública. Nas palavras do autor: “Eles já não precisam ser consumidores e espectadores passivos. Podem se tornar criadores dos principais temas. É neste sentido que a internet democratiza”¹⁸.

Nos dizeres de Milton Santos, “as cidades têm um grande papel na criação de fermentos que conduzem a ampliar o grau de consciência. Por isso são um espaço de revelação”¹⁹.

As cidades, hoje, estão diretamente ligadas ao exercício da cidadania. Todavia, a cidadania não se resume tão somente à condição de cidadão estático, condicionado e limitado à fruição de direitos, mas também está atrelada à condição de ator responsável pela implementação de projetos de cunho social, cultural, tecnológico, medicinal, mercadológico, etc.²⁰, favorecendo, assim, a geração de riquezas, progresso e desenvolvimento, meios esses de instrumentalização dos cidadãos colaboradores para o efetivo exercício da cidadania²¹.

Acompanhando o pensamento de Manuel Castells, pode-se afirmar que o atual momento histórico se relaciona a uma estrutura econômica de capitalismo informacional, em que capital, trabalho e a forma de produção e consumo são alteradas “tendo-se como base o manejo de informações para o desenvolvimento. Informações que podem levar a uma maior inovação tecnológica, à difusão do conhecimento, ao aprimoramento das instituições democráticas com transparências e interatividade entre cidadão e governo, dentre

14 REMEDIO, José Antonio; BUONAMICI, Sérgio Claro. Corrupção administrativa: histórico, efeitos danosos e combate por meio de instrumentos de tutela coletiva. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, v. 26, p. 152, 2017.

15 CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1. p. 488.

16 CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1. p. 488.

17 CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro, 2003. p. 129.

18 BENKLER, Yoachai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*. New Heaven: Yale University Press, 2006. p. 271-272. No mesmo sentido: “Accessible, well-visualized data is ending government’s monopoly on information and authority. An important part of the digital revolution in governance will be the use of those tools by ordinary people to engage their government in ways that were unimaginable only a few years ago. We think that engagement will create a new kind of civic life in which government and its citizens will work as true partners to solve urban problems. That in turn will encourage people to see themselves as active citizens rather than passive consumers of services”. CRAWDFORD, Susan; GOLDSMITH, Stephen. *The responsive city: engaging communities through data-smart governance*. San Francisco: Jossey-Bass, 2014. p. 56.

19 SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. São Paulo: EDUSP, 2014. v. 8. p. 83-84.

20 “Ainda que se possa considerar que o Estado tem o dever de buscar soluções criativas para melhoria da gestão pública e dos serviços oferecidos à sociedade, deve-se reconhecer que este é um desafio que pode estar além da sua capacidade, seja por limitações tecnológicas, orçamentárias ou culturais. Ademais, aplica-se também ao Poder Público a afirmativa de Chesbroug: ‘Não se pode assumir que todas as pessoas inteligentes trabalham para nós, então devemos encontrar e aproveitar o conhecimento e a experiência de indivíduos brilhantes fora da nossa organização’ [...] Pode-se dizer que essa abordagem representa um passo além na abertura à participação e no compartilhamento de responsabilidades entre governo e cidadão, no sentido de que a colaboração entre pessoas engajadas em causas sociais, pesquisadores e organizações não governamentais resulta na implementação efetiva de serviços inovadores de interesse público, e não apenas em ideias” COSTA, Gledson Pompeu da. Inovação: dever do Estado, direito do cidadão. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de (Coord.). *O controle da Administração na era digital*. Belo Horizonte: Forum, 2016. p. 131.

21 SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Os excessos arrecadatórios nos Crowdfundings doação e recompensa: enriquecimento sem causa?* 2017. TCC (Monografia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 21.

outros²². Portanto, no capitalismo informacional, “a inteligência é seu maior patrimônio²³, tendo a “inovação e a flexibilidade como características essenciais do novo sistema de produção²⁴”.

Sob a ótica dos diferentes padrões de desempenho de papéis na produção e consumo, identificam-se três eras sociais: a forma de produção anterior ao período industrial é identificada como uma sociedade focada na autossuficiência, ou seja, cada produtor, também, era um consumidor de seus produtos (primeira era); com a Revolução Industrial, surge a produção de mercado de massa (segunda era); a terceira era (Sociedade da Informação) leva o mercado a perder o seu domínio, e o consumidor²⁵ passa a fazer parte do processo de produção²⁶.

De acordo com José Francisco Siqueira Neto e Daniel Francisco Nagao Menezes, a “desmaterialização das relações de trabalho e de formação de uma economia baseada na informação e conhecimento” fez surgir a economia criativa, cujo novo paradigma inclui aparatos culturais e tecnológicos como instrumentos de “propulsão, a organização dos mercados em redes, alianças entre agentes econômicos e sociais, a prevalência de aspectos intangíveis de produção, distribuição e/ou acesso a bens e serviços e a singularidade de produção”, com laços fortemente atrelados à singularidade, “são características deste modelo que é suposto sustentabilidade melhorar o bem-estar e a inclusão socioeconômica, superando assim o chamado ‘paradigma da chaminé’²⁷”.

Patricia Peck Pinheiro diz que esse poder de colaboração em massa denomina-se *wikinomics*, que é “um novo modelo de infraestrutura típico de geração de conhecimento de baixo custo, em que pessoas e empresas colaboram de forma ‘aberta’ para impulsionar a inovação²⁸”. Acrescenta a autora que “a tecnologia da informação permite que milhões de pessoas unam forças em colaborações auto-organizadas, que produzem novos bens e serviços dinâmicos e que rivalizam com os das maiores empresas. A isso hoje se define como *peer production*²⁹”.

Nos dizeres de Cristian Iosio e Giorgio Valentinuz, em um cenário de economia colaborativa, dá-se “ênfase ainda maior sobre as pessoas e sua rede — construída ao longo do tempo por meio do compartilhamento de paixões, interesses, opiniões etc. — que representa o verdadeiro valor e patrimônio³⁰”. As comunidades, segundo os autores, tornaram-se motores do crescimento.

Os cidadãos, conectados em redes e pela tecnologia, podem, em uma atividade criativa, colaborar uns com os outros e, também, diretamente com o governo para melhorar a vida das cidades (*co-governance, co-*

22 LONGHI, João Victor Rozatti. *Processo legislativo interativo: interatividade e participação por meio das tecnologias da informação e comunicação*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 78.

23 CASTELLS, Manuel. *Fim do milênio: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra. 1999. v. 3. p. 418.

24 CASTELLS, Manuel. *Fim do milênio: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra. 1999. v. 3. p. 418.

25 Deve-se captar de a acepção “consumidor” não em seu sentido técnico de produção e consumo, mas sim o sentido dos cidadãos usufruírem benefícios de suas condutas ativas.

26 “Der amerikanische Zukunftsforscher Alvin Toffler (1983) definiert in seinem Buch *The Third Wave den Übergang von der Industrie- zur Informationsgesellschaft als dritte Welle der gesellschaftlichen Entwicklung. Toffler identifiziert anhand der unterschiedlichen Muster der Rollenübernahme in der Produktion und Konsumation drei gesellschaftliche Zeitepochen: In der vor- und frühindustriellen Zeit war Produktion ursprünglich immer auf Selbstversorgung gerichtet. Jeder Produzent war zugleich Konsument seiner Produkte (erste Welle). Die Industrielle Revolution trennte die beiden Tätigkeitsprofile: Massenmarktproduktion stand im Vordergrund (zweite Welle: Zeitalter der Industrialisierung). Die dritte Welle führt in die sogenannte, “Transmarkt-Gesellschaft“, in der der Markt seine Dominanz verliert. Der Konsument wird Teil des Produktionsprozesses”.* SIXT, Elfriede. *Schwarmökonomie und crowdfunding: webasierte Finanzierungssysteme im Rahmen realwirtschaftlicher Bedingungen*. Bisamberg: Elfriede Sixt, 2014. p. 11. (Tradução livre).

27 MENEZES, Daniel Francisco Nagao; SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Ensaio de economia criativa e colaborativa e sua regulação*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 65.

28 PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito digital*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 447.

29 PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito digital*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 447-448.

30 “pone un accento ancor maggiore sulle persone e sul loro network - costruito nel tempo attraverso la condivisione di passioni, interessi, opinioni ecc. — che rappresenta il vero valore e patrimonio” IOSIO, Cristian; VALENTINUZ, Giorgio. *Fare impresa con il crowdfunding*. Cidade: Wolter Kluwer, 2016. p. 11. (Tradução livre).

-design e co-production), e juntos podem aperfeiçoar e gerar novos serviços públicos. Há necessidade de empoderamento tecnológico e digital dos indivíduos para que participem do processo de transformação (v.g.: *wi-fi* público de qualidade).

Deve-se estimular outros modelos, já que muitas das estruturas vigentes não atendem mais às formas como se hoje se relacionam com a sociedade. Existem sinais emergentes de soluções na sociedade. E, portanto, é preciso aproveitar esse capital social, coordenar essas soluções e promovê-las.

Cidadãos, *startups* e empresas em geral são importantes *players* da sociedade em rede, pois podem, por meio da criação (economia criativa) de aplicativos e tecnologia, trazer melhorias às cidades e desenvolver ativos intangíveis aos seus produtos (v.g.: “propriedade intelectual, capital organizacional, conteúdos gerados pelo usuário e capital humano” — “que também compõe uma fatia crescente dos ativos capitais da economia”³¹, mas lamentavelmente são ignorados pelo PIB – Produto Interno Bruto - oficial³²) e com isso gerar lucro. Assim, ocorre, por exemplo, com o aplicativo Waze, que, por meio do sistema de georreferenciamento dos smartphones de todos os seus usuários, traz melhorias ao sistema viário e o escoamento do tráfego (fornecendo rotas com caminhos menos congestionados, indicação de acidentes etc.). Inclusive, a Companhia de Engenharia de Tráfego (CET) de São Paulo formalizou no dia 20 de setembro de 2017 uma parceria com o referido aplicativo para viabilizar o acionamento de agentes para reparar semáforos e desbloquear o trânsito pelo aplicativo, tornando tais serviços públicos mais eficientes³³. Ou seja, constroem-se políticas públicas com base em inteligência coletiva (fomentada por informações sobre o trânsito pela rede de usuários do aplicativo). Entre outros, podem-se citar os seguintes aplicativos que acabaram impactando as cidades: Uber³⁴, Airbnb³⁵, Moovit³⁶, Moovit Carpool Carona Compartilhada³⁷, Cadê o Ônibus³⁸, BlablaCar³⁹, iFood⁴⁰, Colab.re⁴¹, plataformas de financiamento coletivo (*crowdfunding*)⁴². Tais aplicativos, estruturados em economias de compartilhamento (*sharing economy*), valem-se de dados (ou valores – no caso do *crowdfunding*) for-

31 BRYNJOLFSSON, Erik; McAfee, Andrew. *A segunda era das máquinas: trabalho, progresso e prosperidade em uma época de tecnologias brilhantes*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2015. p. 134.

32 BRYNJOLFSSON, Erik; McAfee, Andrew. *A segunda era das máquinas: trabalho, progresso e prosperidade em uma época de tecnologias brilhantes*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2015. p. 136.

33 MOREIRA, Marli. *Prefeitura de SP faz parceria com aplicativo do Waze para melhorar o trânsito*. 20 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-09/prefeitura-de-sp-faz-parceria-com-aplicativo-waze-para-melhorar-o-transito>>. Acesso em: 29 out. 2017.

34 O Uber toma por conceito *e-healing*, que permite solicitar uma carona remunerada, conectando motoristas e passageiros de maneira simplificada e rápida. A plataforma virtual vale-se também da tecnologia de localização, que autoriza o usuário a acompanhar todo o percurso realizado pelo motorista do carro contratado.

35 Airbnb é uma plataforma *online* comunitária para as pessoas anunciarem, buscarem e reservarem acomodações e meios de hospedagem.

36 O Moovit trata-se de aplicativo ligado ao transporte público. Ele combina todas as opções de transporte público (metrô, ônibus e trens) em sua plataforma, realizando constantes atualizações de seus bancos de dados a fim de informar os horários cedidos pelas operadoras de trânsito, evitando que o usuário fique esperando em um ponto desativado ou por um ônibus que alterou sua rota. Ademais, o referido aplicativo permite o controle total das viagens pelo usuário, garantindo-lhe maior tranquilidade.

37 O Moovit Carpool combina passageiros e motoristas que estão seguindo numa mesma direção a fim de oferecer ou pegar caronas.

38 O Cadê o Ônibus é um aplicativo em que permite ver em tempo real onde os ônibus encontram-se.

39 O BlablaCar trata-se de aplicativo de caronas entre cidades.

40 O iFood permite pedir refeições de lanchonetes ou restaurantes próximos diretamente pelo celular, sem precisar gastar créditos com ligações. O aplicativo avisa quando o pedido foi recebido, quando está em preparação e quando sai para entrega, também permite os usuários avaliarem os estabelecimentos quanto à qualidade da comida, entrega e atendimento.

41 O aplicativo Colab.re tem por objetivo fiscalizar a qualidade de serviços públicos e incentivar a tomada de decisões do governo com base na participação popular por meio do referido aplicativo.

42 De acordo com Cristiano Chaves de Faria, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenthal, o *crowdfunding* é “um modo de arrecadar, virtualmente, fundos para determinado projeto que o usuário propõe”. FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 786. Tem importância salutar para as cidades, na medida em que viabiliza projetos sociais, culturais, medicinais, científicos e tecnológicos importantes, como, por exemplo, o caso da campanha “Por uma cidade para todos” realizada na plataforma de *crowdfunding* Benfeitoria, em que se busca arrecadar valores para viabilizar a construção de casas de emergência e projetos comunitários ao longo de 2017 com moradores das favelas (<https://benfeitoria.com/galena>).

talecidos por usuários diversos, potenciais consumidores, e outros fluxos informacionais, e fazem conexão desses usuários por intermédio de uma plataforma virtual, sendo que o funcionamento destes aplicativos tem por base a confiança⁴³, que é criada por meio de um sistema de reputação objetiva (*track record*) fomentado por avaliações em todas as oportunidades em que o serviço for tomado.

Os impactos provocados pela tecnologia no “mundo real” são denominados por Steve Case como terceira onda da internet⁴⁴, na qual ver-se-á uma grande mudança nos negócios e o renascimento do empreendedorismo. A primeira onda diz respeito à criação de base para que consumidores começassem a se conectar e utilizar a internet, inicialmente apenas no ambiente profissional. Na segunda onda, companhias como Google e Facebook lançaram as redes sociais, e hoje vive-se o tempo todo conectados ao Instagram e ao Snapchat — o que antes estava apenas no âmbito do trabalho invadiu nosso dia a dia por completo. Segundo o autor, agora está-se entrando em uma nova fase: a terceira onda, momento em que empreendedores utilizarão a tecnologia para revolucionar o “mundo real”.

A dinâmica social em rede protagonizada pela “terceira onda da internet” (Steve Case) alterou o modelo econômico, mas as estruturas governamentais continuam moldadas na era industrial. Assim, há necessidade de remodelar algumas práticas que continuam atreladas a modelos puramente burocráticos e ineficientes do Poder Público, bem como adotar modelos regulatórios que atendam a nova dinâmica social, baseada no modelo democrático-participativo e em redes (descentralização do serviços públicos), viabilizando a inovação⁴⁵ e o surgimento de novas tecnologias (artigo 218 e seguintes da Constituição Federal de 1988) para melhor cumprir as funções sociais da cidade (artigo 182 da Constituição Federal de 1988 e artigo 2º e incisos do Estatuto da Cidade).

A inovação trata-se valor jurídico fundamental das atividades relativas ao Poder Público, devendo os seus agentes públicos atuarem de forma a viabilizá-la e permiti-la.

Muito embora existam óbices normativos à inovação⁴⁶ no âmbito da Administração Pública, Carlos Ari Sundfeld diz que é possível a inovação, adotando a Administração Pública, para tanto, pelo menos quatro soluções a fim de compatibilizar a legalidade Administrativa com a necessidade de inovação, quais sejam: (i) “interpretações atualizadoras e flexibilizadoras”⁴⁷; (ii) leis-quadro, havendo neste caso a necessidade de intervenção do legislador construindo uma lei de *standards*, de competências, de normas sobre processo que permitam que a Administração Pública confeccione a regulação de maneira ágil a fim de acompanhar as constantes mutações tecnológicas. Esta solução é mais difícil de concretização em um ambiente democrático, pois se anseia a participação do Poder Legislativo; (iii) Regime legal excepcional (*bypass*) ou inovações pontuais (*vg.*: pregão eletrônico, que foi ampliando paulatinamente por via legislativa o seu âmbito de incidência); (iv) ilegalidade, em especial quando se sobressaem aspectos sociais favoráveis que amparem a legalização da inovação⁴⁸.

43 Sobre confiança nas economias do compartilhamento ver: CARVALHO, Vinicius Marques de; MATTIUZZO, Marcela. Confiança, reputação e redes: uma nova lógica econômica? In: KIRA, Beatriz; PAULA, Pedro C. B. De Paula; ZANATTA, Rafael A. F (Org.). *Economias do compartilhamento*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 41- 57; LEMOS, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança. In: KIRA, Beatriz; PAULA, Pedro C. B. De Paula; ZANATTA, Rafael A.F (Org.). *Economias do compartilhamento*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 59-77.

44 CASE, Steve. *A Terceira onda da internet: como reinventar os negócios na era digital*. São Paulo: HSM, 2017. (livro digital).

45 O artigo 4º da Lei número 12.965, de 23 de abril 2014 reza que “a disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção: [...] III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso”.

46 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Direito, tecnologia e inovação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. *Direito, inovação e tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1. p. 15.

47 Carlos Ari Sundfeld cita como exemplo de interpretação atualizadora ou flexibilizadora a proibição de realização de acordos na lei de improbidade administrativa, que, nada obstante, o Ministério Público faz acordos de leniência com efeitos nas ações de improbidade- houve uma reinterpretação do ordenamento jurídico. Diz o referido autor que há muita insegurança jurídica com relação as interpretações atualizadoras, pois inexistem mecanismos ineficientes para firmar interpretação que tenha validade para todos os âmbitos, inclusive os âmbitos controladores. SUNDFELD, Carlos Ari. *Como compatibilizar legalidade administrativa e inovação?*. 2017. Rio de Janeiro: UERJ Reg. 2017. Disponível em: <<https://www.facebook.com/uerjreg/videos/2066124990273034/>>. Acesso em: 11 de janeiro de 2018).

48 A ilegalidade, embora seja um mecanismo de inovação, paradoxalmente ela não fomenta a inovação, sendo um desestímulo em

O aperfeiçoamento e o uso das novas tecnologias são necessidades prementes no novo modelo⁴⁹, mas sua implementação não pode se limitar à mera integração às burocracias já existentes⁵⁰, pois isso implicaria em automação. Todavia, importante destacar que nem sempre a automação é prejudicial. Ao contrário, às vezes sua utilização auxilia bastante a relação sociedade-governo, a exemplo do que ocorre com a declaração de imposto de renda, que pode ser facilmente preenchida pelo usuário no ambiente virtual. O que se pretende afirmar, é que o novo modelo exige uma mudança de mentalidade do gestor público, a fim de focar no usuário, e não somente no sistema.

3. Smart Cities: políticas públicas guiadas a partir do Big Data (data driven cities)

Nesse cenário de economia criativa, colaborativa e compartilhada (*sharing economy*), propiciada pelas tecnologias na sociedade em rede, surgem movimentos sociais e governamentais pretendendo a transformação das cidades em “cidades inteligentes” (*Smart Cities*) ou mesmo sua criação.

De acordo com Nobuyuki Tokoro, a expectativa é que as cidades inteligentes possam ser “um poderoso trunfo para resolver os vários problemas enfrentados hoje pelas cidades, incluindo crescimento da população urbana, envelhecimento da sociedade, congestionamento de trânsito e segurança”⁵¹.

Desta forma, os governos em cidades inteligentes são chamados a desempenhar um papel fundamental no desenvolvimento de capacidades nas cidades e eles estão cada vez mais usando as tecnologias da informação e comunicação (TIC) na criação de ambientes urbanos interativos, participativos e baseados em dados, bem como na melhoria dos serviços públicos e no funcionamento da administração. Eles estão aproveitando melhor a moderna infra-estrutura da TIC, o governo eletrônico e a cidadania, buscando produzir maiores resultados em relação à riqueza e ao valor público⁵². *Smart Cities*, segundo a definição traçada pela União Europeia, são “sistemas de pessoas interagindo e usando energia, materiais, serviços e financiamento para catalisar o desenvolvimento econômico e a melhoria da qualidade de vida” dentro das cidades. A inteligência relativa a esses fluxos está ligada ao uso “estratégico de infraestrutura e serviços e de informação e comunicação com planejamento e gestão urbana para dar resposta às necessidades sociais e econômicas da sociedade”⁵³.

Em suma, as *Smart Cities* são cidades criativas e sustentáveis, que concomitantemente: (i) valem-se da tecnologia em seu processo de planejamento (devem criar um ecossistema capaz de gerar inovação e novas

razão do risco inerente à própria ilegalidade.

49 “[...] bureaucratic structures must be upgraded to accommodate the new technologies and their uses as the digital city hall replaces one based on paper, cities will have to jettison the structures of governance that have served them for more than a hundred years” CRAWDFORD, Susan; GOLDSMITH, Stephen. *The responsive city: engaging communities through data-smart governance*. San Francisco: Jossey-Bass, 2014. p. 1.

50 Diante desta necessidade de se superar as burocracias existentes, Valter Shuenquener de Araujo, em palestra ministrada no “I Fórum sobre Inovação no Direito Público: Diagnósticos e propostas” na Universidade Estadual do Rio de Janeiro no dia 07 de novembro de 2017, trouxe importantes exemplos de superações, em especial quanto ao poder de polícia e ao controle. Explicou Valter Shuenquener de Araujo que em razão da tecnologia hoje existente não há como negar a viabilidade de exercício do poder de polícia por particulares na Administração Pública, pois aplicativos permitem isso, como, por exemplo, o aplicativo Capester, que viabiliza que um particular tire uma foto ou filme uma infração de trânsito, e o Poder Público, valendo-se destas imagens, multe posteriormente o infrator. A tecnologia reforça o controle, bem como assegura uma maior validade, legitimidade em relação aos atos praticados por particulares a pretexto de se exercer o poder de polícia. Há também inovações tecnológicas revolucionárias no âmbito do Tribunal de Contas, que, por meio de técnicas de sensoriamento remoto, através de imagens, obtidas via satélites e/ou de aeronaves tripuladas ou não, de aplicações de análise multicritério para informações geográficas, controla à distância obras públicas, despesas públicas e receitas em tempo real, suplantando aquela ideia de que o Tribunal de Contas deva atuar somente *a posteriori*. ARAUJO, Valter Shuenquener de. Inovação e Administração pública. 2017. Rio de Janeiro: UERJ Reg. 2017. Disponível em: <<https://www.facebook.com/uerjreg/videos/2065070117045188/>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

51 TOKORO, Nobuyuki. *The smart city na the co-creation of value: a source of new competitiveness in a Low-carbon society*. Japan: Springer, 2016. p. 2 (tradução livre)

52 BOLÍVAR, Manuel Pedro Rodríguez; LÓPEZ-QUILES, José Miguel. Smart Technologies for smart governments: a review of technological tools in smart cities. In: BOLÍVAR, Manuel Pedro Rodríguez. *Smart technologies for smart governments: transparency, efficiency and organizational issues*. Granada: Springer, 2018. v. 24. p. 3.

53 FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV). *O que é uma cidade inteligente?* Disponível em: <<http://fgvprojetos.fgv.br/noticias/o-que-e-uma-cidade-inteligente>>. Acesso em: 29 out. 2017.

tecnologias); (ii) têm presente a participação da sociedade civil; (iii) fazem a coleta e o uso eficiente de enormes quantidades de dados, para que se forme uma camada de inteligência a ser utilizada pelos governantes em prol da população e que, também, possa ser utilizada pela própria população (*Big Data*).

Com relação ao último requisito constitutivo das cidades inteligentes (item iii), ou seja, o *Big Data*, há necessidade maior aprofundamento teórico da expressão para os fins deste trabalho.

Big Data, nas percepções de Kate Crawford e Jason Schultz, trata-se de expressão ampla, vaga e imprecisa⁵⁴, inexistindo a respeito uma definição uniforme. Por sua vez, Viktor Mayer-Schonberger e Kenneth Cukier dizem que o *Big Data* consiste na realização de determinadas coisas em grande escala, e que não podem ser realizadas em menor escala, de forma a extrair novas ideias ou criar novas formas de valor, de maneira que acabam mudando mercados, organizações, a relação entre os cidadãos e os governos, dentre outros⁵⁵.

A Diretiva 95/46/EC do Parlamento Europeu, em seu artigo 29, define *Big Data* como o crescimento exponencial tanto na disponibilidade quanto no uso automatizado de informação: refere-se a conjuntos de dados digitais gigantescos detidos por empresas, governos e outras organizações de grande porte, que são amplamente analisados usando algoritmos de computador. *Big Data* pode ser utilizado para identificar tendência mais gerais e correlações, mas também pode ser processado de modo a afetar diretamente os indivíduos⁵⁶.

Kirk Borne⁵⁷ sustenta que o *Big Data* é composto pelos seguintes elementos:

I) *Volume* (Volume): muitos dados; apelidado de *Tonnabytes*, haja vista que se trata, em um sentido metafórico, de “toneladas de bytes”;

II) *Variety* (Variedade): complexidade, milhares ou muitas características por item de dados, grande dimensionalidade, explosão combinatória, muitos tipos de dados e muitos formatos de dados;

III) *Velocity* (Velocidade): alta taxa de dados e informações que fluem para dentro e para fora de nossos sistemas em tempo real;

IV) *Veracity* (Veracidade): dados necessários e suficientes para testar muitas hipóteses diferentes, vastas amostras de treinamento para a modelagem de formatos em microescala e a validação do modelo, a verdade micro-granulada de cada objeto em sua coleta de dados, capacitando assim a análise da “população inteira”;

V) *Validity* (Validade): qualidade dos dados, governança, gerenciamento de dados mestres (MDM) em coletâneas de dados maciços, diversos, distribuídos, heterogêneos e “impuros”;

VI) *Value* (Valor): trata-se do “V” mais importante, pois caracteriza o valor do negócio;

VII) *Variability* (Variabilidade): dados dinâmicos e evolutivos;

VIII) *Venue* (espaço): dados distribuídos, heterogêneos de múltiplas plataformas, de diferentes sistemas

54 CRAWFORD, Kate; SCHULTZ, Jason. Big data and due process: toward a framework to redress predictive privacy harms. *Boston College Law*, v. 55, n. 1. 2014. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol55/iss1/4>>. Acesso em: 30 out. 2017.

55 “Big data refers to things one can do at a large scale that cannot be done at a smaller one, to extract new insights or create new forms of value, in ways that change markets, organizations, the relationship between citizens and governments, and more” MAYER-SCHONBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. *Big data: a Revolution that will transform how we live, work and think*. New York: Houghton Mifflin Harcourt, 2013. p. 6.

56 “Big data refers to the exponential growth both in the availability and in the automated use of information: it refers to gigantic digital datasets held by corporation, governments and other large organisations, which are then extensively analysed (hence the name: analytics) using computer algorithms. Big data can be used to identify more general trends and correlations but it can also be processed in order to directly affect individual” EUROPEAN COMMISSION. *Opinion 03/2013 on purpose limitation*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf>. Acesso em: 31 out. 2017.

57 BORNE, Kirk. *Knowledge is power*. 11 de abril de 2014. Disponível em: <<https://mapr.com/blog/top-10-big-data-challenges-serious-look-10-big-data-vs/>>. Acesso em: 31 out. 2017.

de proprietários, com diferentes requisitos de acesso e formatação; nuvem privada versus nuvem pública;

IX) *Vocabulary* (Vocabulário): esquema de modelos de dados, semânticas, ontologias, taxonomias e outros metadados baseados em conteúdo e contexto que descrevem a estrutura, sintaxe, conteúdo e proveniência dos dados;

X) *Vagueness* (Vagueza): confusão sobre o significado de grandes dados.

O *Big Data* constitui importante elemento para as *Smart Cities*, pois se trata de quantidades massivas de dados estruturados por meio de algoritmos (*machine learning*⁵⁸) que proporcionam Inteligência às cidades quando devidamente processadas e analisadas.

Uma cidade inteligente, gerida por dados (*data-driven city*), é caracterizada pela capacidade de as agências de gestão da cidade valerem-se de tecnologias para geração e captação de fluxos de dados, para posterior processamento e análise⁵⁹, destinados à adoção de soluções para melhoria dos padrões de vida dos moradores, trazendo desenvolvimento de áreas sociais, econômicas e ecológicas de ambiente urbano. Em outras palavras, o gerenciamento da cidade inteligente pode ser um motor básico para a transformação dos serviços e inovações da cidade e mudar significativamente princípios de gestão do meio ambiente urbano⁶⁰.

O *Big Data* permite o acompanhamento de comportamentos humanos em tempo real e de maneira massificada e agregada, e, ao mesmo tempo, destacar seguimentos a partir dos próprios comportamentos. É isso, do ponto de vista das ciências sociais, é inédito.

O momento atual viabilizou meios poderosíssimos de promoção da cooperação social trazidos pelas plataformas digitais em todos os sentidos. Mas, ao mesmo tempo, nunca esses meios foram tão apropriados por interesses privados, em que impera, na maioria das vezes, a racionalidade empresarial, com base em uma “economia da atenção”⁶¹ (e aqui se destaca obra de Nir Eyal), criando plataformas que captam a atenção

58 “O desenvolvimento da tecnologia da Inteligência Artificial (IA) está conferindo a computadores a capacidade de aprender e atuar de forma autônoma, ou seja, independente de uma instrução específica de um ser humano” PIRES, Thatiane Cristina Fontão; SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do Parlamento Europeu. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

59 É necessário que haja o processamento e análise dos dados para gerar informação e conhecimento. Nesta esteira, “importante entender que os dados se diferenciam da informação e do conhecimento. Colocada a questão de forma bastante simplificada, os dados podem ser considerados como matérias-primas da informação e a informação pode ser considerada matéria-prima do conhecimento, visto este como o resultado de uma reflexão mais consistente – e preferencialmente suscetível de aplicação – a respeito de informações sobre determinada área ou assunto. Tal distinção é importante porque os dados importam, do ponto de vista econômico, na medida em que podem ser convertidos em informações necessárias ou úteis para a atividade econômica. Os dados precisam, portanto, ser processados e trabalhados para que possam gerar valor. Se tal constatação não afasta a importância em si dos dados isolados ou “crus”, tem o importante papel de realçar o fato de que o mero acesso a dados, sem a possibilidade efetiva e eficiente de transformá-los em informação, pode ser insuficiente para resolver diversos problemas competitivos” FRAZÃO, Ana. *Big data e impactos sobre a análise concorrencial: direito da concorrência é um dos mais afetados pela importância dos dados* – parte 1. 29 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/big-data-e-impactos-sobre-a-analise-concorrencial-29112017>> . Acesso em: 10 jan. 2018.

60 *A data-driven city is characterised by ability of agencies of city management to use technologies for generation of data flows, their processing and analysis aimed for adoption of solutions for improvement of living standards of residents thanks to development of social, economic and ecological areas of urban environment. In other words, management of data-driven city may be a basic driver for transformation of city services and innovations and significantly change management principles of urban environment.* PWC. *Data-driven cities: from concept to applied solutions.* p. 4. Disponível em: <https://www.pwc.ru/en/government-and-public-sector/assets/ddc_eng.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

61 De acordo com Nir Eyal, as tecnologias que utilizamos tornaram-se compulsões, se não adições de pleno direito. É o impulso de verificar uma notificação de mensagem. É a atração para visitar o YouTube, o Facebook ou o Twitter por apenas alguns minutos, apenas para encontrar-se ainda tocando e deslizando uma hora depois. É o desejo que você provavelmente sente ao longo do seu dia, mas dificilmente avisa. Os psicólogos cognitivos definem os hábitos como “comportamentos automáticos desencadeados por pistas situacionais”: o que fazemos com pouco ou nenhum pensamento consciente. Os produtos e serviços que usamos alteram, habitualmente, nosso comportamento cotidiano, assim como os *designers* pretendiam. Nossas ações foram projetadas. Como as empresas, produzindo pouco mais do que os *bits* de código exibidos em uma tela, aparentemente controlam as mentes dos usuários? O que faz com que alguns produtos formem hábitos? Formar hábitos é imperativo para a sobrevivência de muitos produtos. Para formar esse hábito, a economia da atenção segue o “Modelo Hook”, que se estrutura basicamente em 4 etapas-chave de cada *loop*: 1. Gatilho: como o ciclo inicia? No início, isto pode ser através de disparadores externos (como um *e-mail*, notificação, emblema de ícone etc.),

dos usuários, a fim obter lucro direto ou indireto (*v.g.*: publicidades direcionadas), por meio da manipulação das informações que esses dispositivos digitais captam dos comportamentos involuntários de seus usuários. Os gigantes da internet observam os comportamentos humanos para obter mais lucro. Por isso se cunhou a famosa frase (repetida a esmo) “Os dados são o novo petróleo” (*Data is the new oil*), porque “governos e empresas têm conscientemente tratado dados pessoais com mercadoria”⁶².

A utilização de instrumentos cooperativos pelos detentores da tecnologia e da inovação na cultura digital para promover melhoria na vida das cidades revela que o nosso espaço urbano é cada vez mais fundamentalmente privatizado. A exemplo do que vem ocorrendo com acoplamento da tecnologia privada ao mobiliário urbano, em que torna a cidade extremamente dependente da tecnologia privada para melhorias do fluxo viário. Prova dessa dependência pode ser demonstrada por uma recente falha ocorrida no aplicativo *Waze*, que acabou congestionando o trânsito da cidade de São Paulo no dia 23 de outubro de 2017, isso se dando por estarem os motoristas da cidade cada vez mais dependentes da tecnologia e confiarem até mais no referido serviço do que no próprio instinto de condutor⁶³. A confiança é a base estrutural dessas plataformas, motivo por que a quebra de confiança nos serviços pode gerar o abandono do sistema pelos usuários e o retrocesso em termos de mobilidade urbana.

O mesmo se diga com relação aos recentes bloqueios judiciais dos serviços de *Whatsapp* por descumprimentos de ordens judiciais de abertura de dados⁶⁴, que deixaram cerca de 120 milhões de usuários no Brasil⁶⁵ temporariamente sem acesso a essa popular e nova forma de liberdade de expressão comunicacional (artigo 5º, IX, da Constituição Federal de 1988)⁶⁶. Face a essa violação difusa ao direito fundamental desta liberdade de expressão, Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Renata Marques Ferreira sustentam que tal suspensão violou “o preceito fundamental de liberdade de expressão aqui indicado, bem como a legislação de regência

mas, por meio de *loops* sucessivos, o usuário, eventualmente, cria disparadores internos em que um pensamento ou emoção particular os enviará de volta ao seu produto; 2. Ação: Uma vez que o usuário está ciente, eles precisam usar seu produto (por meio do gatilho), qual é a ação mais simples que eles podem realizar para obter algum tipo de recompensa. Por exemplo, um “Like” do Facebook [e acrescentamos prêmios aos que contribuam com sinalizações de tráfego no aplicativo Waze]; 3. Recompensa variável: como eles são recompensados por esse comportamento? Isso pode ser a validação social (por exemplo, “meus amigos aprovam!”), Coleção de recursos materiais (por exemplo, adicionar uma foto a uma coleção) ou gratificação pessoal (por exemplo, caixa de entrada zero). A parte “variável” é importante — as recompensas nem sempre devem ser previsíveis, incentivando os usuários a repetir o ciclo; 4. Investimento: Finalmente, o usuário precisa colocar algo de volta para aumentar a chance de repetir o *loop*. Isso pode ser conteúdo (por exemplo, um livro em seu Kindle), dados inseridos pelo usuário (por exemplo, informações de perfil ou contas vinculadas), reputação (por exemplo, algo para obter uma revisão de vendedor de 5 estrelas) ou uma habilidade aprendida (por exemplo, agora sou realmente bom neste programa de *software*). O investimento também configura o gatilho para o próximo ciclo do *loop*. EYAL, Nir. *Hooked: How to build habit-forming products*. New York: Penguin Group, 2014. (livro digital - Kindle).

62 VANIAN, Jonathan. *Why data is the new oil*. Fortune, July 2016. Disponível em: <<http://fortune.com/2016/07/11/data-oil-brainstorm-tech/>>. Acesso em: 31 out. 2017. Ver também: MAYER-SCHONBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. *Big data: a Revolution that will transform how we live, work and think*. New York: Houghton Mifflin Harcourt, 2013. p. 16

63 KLEINA, Nilton. *Erro no Waze deixa trânsito de São Paulo (ainda mais) congestionado*. 25 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/mobilidade-urbana-smart-cities/123450-erro-waze-deixa-transito-paulo-ainda-congestionado.htm>>. Acesso em: 31 out. 2017.

64 “O aplicativo de mensagens instantâneas WhatsApp foi alvo de quatro decisões de bloqueio no Brasil, três delas que foram levadas a cabo, por não entregar conteúdo de comunicações de investigados em inquéritos e processos penais. Desde o momento em que implementou a chamada ‘criptografia de ponta a ponta’, a empresa responsável pelo aplicativo tem reiterado a impossibilidade técnica de cumprir ordens judiciais de interceptação. Diante disso, o então Ministro da Justiça Alexandre de Moraes declarou as intenções de trazer um projeto de lei que regularia aplicativos de mensagens que utilizam criptografia e o Supremo Tribunal Federal convocou audiência pública para entender as complexidades técnicas dessa tecnologia” ABREU, Jacqueline de Souza. *Passado, presente e futuro da criptografia forte: desenvolvimento tecnológico e regulação*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

65 OLHAR DIGITAL. *WhatsApp revela número de usuários no Brasil*. 29 de maio de 2017. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/noticia/whatsapp-revela-numero-de-usuarios-no-brasil/68604>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

66 A comunicação é indispensável para que a interação ocorra no âmbito social, e inter-relaciona-se com a liberdade e a dignidade da pessoa humana, sendo que estas não existem sem aquela. ARAUJO, Marilene; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *O tempo e o espaço. Fragmentos do marco civil da internet: paradigmas de proteção da dignidade humana*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

sobre o tema”⁶⁷, em específico o artigo 3º, incisos I e II da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet),⁶⁸ que dispõe que o uso da internet no país tem como um dos princípios a “garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento, nos termos da Constituição Federal” (inciso I) e que se deve preservar a “estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas”(inciso V).

Em que pese o *Big Data* poder ser um grande aliado da democracia, pode gerar ainda mais exclusão social nas cidades daqueles que a ela não têm acesso à internet, seja por meio de banda larga fixa ou móvel, e esse fator é de considerável importância para efeito de políticas públicas em *Smart Cities*, em especial pelo fato de o Brasil ser um dos dez países do mundo com maior número de pessoas desconectadas, como indica um novo estudo encomendado pela Internet.org à unidade de inteligência da revista britânica *The Economist*. No total, 70,5 milhões de brasileiros estão *offline*, isto é, não possuem acesso à internet, seja por meio de banda larga fixa ou móvel⁶⁹.

As cidades exacerbam muitas vezes as desigualdades, as lacunas entre as diferenças dos cidadãos, fazendo como que o exercício do direito à cidade não ocorra de forma igualitária para todos.

Aplicativos para smartphones como, por exemplo, “Pelos Ruas”⁷⁰ e “LevelUp”⁷¹, em que os próprios cidadãos coletam dados, que são mapeados e encaminhados ao Poder Público para se criar políticas públicas, não conseguem captar a visão das pessoas sem acesso à internet no planejamento urbano.

As pessoas que hoje têm acesso à internet e smartphones são em grande parte grupos dominantes, o que acaba gerando um desnível muito grande de informação, em especial nas periferias dos grandes centros.

A malha da Cidade Inteligente (*Smart City*) é composta por pessoas, instituições, empresas, e podem ensejar diferentes visões; a inclusão de todas essas visões é fundamental no processo democrático. Por isso, fala-se hoje em um direito humano de acesso à internet, pois, como bem aponta Bárbara Luiza Coutinho do Nascimento⁷², “enquadra-se como direito humano aquele que é decisivamente constitutivo da manutenção da dignidade humana em determinado contexto histórico” — em que pese não esteja presente esse direito em um rol taxativo, deve-se, com espeque em André de Carvalho Ramos, reconhecer a existência de uma cláusula aberta (de princípio de não-tipicidade) dos direitos humanos, ou seja, os direitos humanos merecem proteção em virtude do seu conteúdo, e não por constarem de um rol em um instrumento constitucional ou internacional⁷³.

São necessárias soluções de infraestrutura, pois se forem mantidas as infraestruturas presentes, como *wi-fi* público somente em ambientes públicos mais elitizados, como aeroportos, estarão sendo ocultados dados importantes para a implementação de políticas públicas, e não serão contempladas as cidades como um todo, gerando assim distorções ainda mais graves.

Com a inclusão digital, há viabilidade de potencial de empoderamento às pessoas, que passam a ter mais

67 FERREIRA, Renata Marques; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Tutela jurídica do WhatsApp na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 104.

68 BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>. Acesso em: 31 out. 2017.

69 THE ECONOMIST. *The inclusive internet index: bridging digital divides*. 2017. Disponível em: <<https://theinclusiveinternet.eu.com/assets/external/downloads/3i-bridging-digital-divides.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2017.

70 O aplicativo para smartphones “Pelos Ruas” é uma plataforma colaborativa em que usuários podem compartilhar e discutir problemas urbanos de Porto Alegre e Região Metropolitana. A ideia é de que o cidadão utilize o celular para apontar o que não está bom na cidade. A partir de foto e descrição, situações como buraco de rua ou fios de energia elétrica caídos podem ser vistos por mais pessoas e chegar aos responsáveis por soluções, criando uma comunidade online engajada.

71 Aplicativo destinado a denunciar o desperdício de água. A ideia que virou aplicativo foi criada por quatro alunos universitários e levou o primeiro lugar na premiação do programa Benchmarking Brasil.

72 NASCIMENTO, Barbara Luiza Coutinho do. *O direito humano de acesso à internet: fundamentos, conteúdo e exigibilidade*. Rio de Janeiro, 2013 (livro digital).

73 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 221

vozes, viabilizando um olhar para novas realidades, inclusive, quebrando o monopólio de mídias digitais. Hoje conseguimos ver que tem esse potencial, mas por outro lado temos um aprofundamento muito grande de monopólios, de concentração de poder, renda e toda lógica contrária disso.

O uso do *Big Data* por empresas detentoras de aplicativos pode gerar condutas discriminatórias, potencializando a exclusão de zonas periféricas, em especial aquelas com desafios de segurança pública, como ocorreu com o aplicativo Uber, cujos serviços não cobrem algumas regiões da cidade, principalmente na periferia. No caso da cidade de São Paulo, na região da Vila Brasilândia, em razão da dificuldade de se conseguir carro da Uber, moradores da área criaram um serviço paralelo e mais precário utilizando-se do *WhatsApp*, ou seja, sem a criação de uma plataforma própria por ausência de tecnologias como sistemas de geolocalização e de reputação de usuários e motoristas⁷⁴. Isso demonstra o como os detentores da tecnologia modulam nossas vidas em cidades, e que cidadãos, em contrapartida, mesmo em condições desfavoráveis de políticas de educação, têm potenciais estratégicos para rumarem para os comportamentos que a sociedade excluída deseja, ainda que com a ausência de potencial inovador e tecnológico.

Com base em dados coletados, comumente sem qualquer controle democrático, empresas categorizam quais indivíduos são de “interesse comercial”, gerando, assim, segregação social, violando-se a isonomia e a dignidade da pessoa humana⁷⁵.

O *Big Data*, também, pode colocar em cheque questões de privacidade, tornando as cidades inteligentes policialescas, diante da viabilidade de intensos monitoramento e vigilância de seus cidadãos. Importante mencionar que a Corte de Justiça da União Europeia divulgou em 21/12/2016 o resultado do julgamento dos casos C-203/15 e C-698/15 que versavam sobre questionamentos de regras que impunham o arquivamento indiscriminado de dados relativos à localização de tráfego de dados em comunicações eletrônicas, envolvendo cidadãos da Irlanda, Noruega e Reino Unido, abrindo relevante debate sobre o acesso a tais informações, o que, por certo, implica em risco de vigilância excessiva, notadamente por parte das empresas que guardam os dados e dos Estados que podem ter acesso a eles. Por meio de decisão definitiva da qual não cabe mais recurso, a Corte Europeia decidiu que Estados-membros não podem impor uma obrigação geral de conservar dados das comunicações eletrônicas, pois tal medida violaria verdadeiro ato de vigilância indiscriminada, incompatível com os direitos fundamentais, violando a proporcionalidade, razoabilidade e os valores inscritos em uma sociedade democrática⁷⁶.

Nessa esteira, cumpre ainda lembrar o Sistema de Crédito Social Chinês, em que a China, com população acima de 1 bilhão de habitantes, pretende lançar um programa de pontuação sobre os seus cidadãos, classificando-os de acordo com as informações contidas em um enorme banco de dados, alimentado com milhares de informações pessoais (em grande maioria coletadas pela internet), tais como histórico de navegação na internet, itens adquiridos em compras, probabilidade de adimplemento das obrigações, etc.⁷⁷ Diante desse contexto de desafios da *Big Data* frente à privacidade, sábias as palavras de Zygmunt Bauman e David Lyon: “no final a escolha é entre segurança e liberdade: você precisa de ambas, mas não pode ter uma sem sacrificar pelo menos parte da outra; e quanto mais tiver de uma, menos terá da outra”. E continuam os referidos autores: “Em matéria de segurança, as comunidades ao estilo antigo batem de longe as redes. Em matéria de liberdade, é exatamente o contrário (afinal, basta pressionar a tecla ‘delete’ ou decidir parar

74 SOUZA, Felipe. *Moradores da periferia de São Paulo criam a Ubra para bairro vetado pelo Uber*. 15 de março de 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/brasil/noticia/moradores-de-periferia-de-sp-criam-a-ubra-para-bairro-vetado-pelo-uber.ghtml>>. Acesso em: 31 out. 2017.

75 BEZERRA, Tiago José de Souza Lima; MENEZES NETO, Elias Jacob de; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. O projeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5267/2016) no mundo do big data: o fenômeno da dataveillance em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

76 GOMES, Rodrigo Dias de Pinho. *Big Data: desafios à tutela da pessoa humana na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 50-51.

77 GOMES, Rodrigo Dias de Pinho. *Big Data: desafios à tutela da pessoa humana na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 52-53.

de responder a mensagens para se livrar de sua interferência)”⁷⁸.

De acordo com Giampaolo Poggio Smanio, “as políticas públicas pressupõem as relações do Estado com a sociedade, pois a via da participação dos cidadãos deve ser o método a ser buscado, tanto para sua formulação, quanto para sua execução”⁷⁹. Por isso as *Smart Cities* (mesmo com os problemas apontados) podem cumprir importante interface de diálogos entre sociedade e prefeituras/empresas de aplicativos para elevar o nível de efetividade das decisões públicas dentre os variados interesses envolvidos a partir da sociedade opinando, bem como melhorando a execução dessas decisões, dependendo para tanto, especialmente, de “infraestrutura de acesso tecnológico”⁸⁰ que propicie maior reconhecimento e inclusividade dos indivíduos na webesfera a fim de se atingir o verdadeiro escopo colaborativo das novas tecnologias digitais, afinal, nas lições de Luciana Cristina Souza, “a garantia de maior atuação dos cidadãos nessa webesfera depende muito mais da postura a ser adotada pelo Poder Público, [...] do que dos instrumentos tecnológicos”⁸¹.

4. CONCORRÊNCIA E *BIG DATA BUSINESS* RELEVANTES ÀS *SMART CITIES*: ESTUDO DE CASO ENVOLVENDO A AQUISIÇÃO DO WAZE PELO GOOGLE

Como visto, empresas de aplicativos que trabalham com *Big Data* geram grande impacto nas Cidades Inteligentes (*Big Data Business* relevantes às *Smart Cities*), daí a importância de se estudar a questão das políticas concorrenciais ligadas a essas poucas empresas detentoras de tecnologia e poder econômico manifesto.

Concorrência, de forma objetiva, pode ser definida como a disputa entre agentes que desenvolvem uma atividade econômica lícita em um mesmo segmento do mercado.

O artigo 170, inciso IV da Constituição Federal de 1988, prevê a livre concorrência como um princípio da ordem econômica, “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, tendo por objetivo “assegurar a todos a existência digna, conformes os ditames da justiça social”. Nas lições de José Inácio Gonzaga Franceschini e Vicente Bagnoli, encontra-se no referido princípio “o fundamento da economia de mercado, onde os agentes econômicos devem travar suas disputas, da qual o melhor, o mais apto, conseguirá a vitória, sobrepondo-se aos seus rivais”, sendo esse “ambiente de livre concorrência” que tenderá a propiciar “resultados mais eficientes, com inovações tecnológicas, aumento da qualidade de produtos e serviços, reduções de custos — e conseqüentemente de preços”, contribuindo “efetivamente para o desenvolvimento” e trazendo ganhos ao bem-estar econômico do consumidor”⁸².

Em que pese o texto constitucional aludir à livre concorrência, é cediço que ela só teria lugar em no plano ideal, haja vista que, no mundo real, imperam, constantemente, os abusos do poder econômico⁸³, afinal, nos dizeres de Eros Roberto Grau, “o poder econômico é a regra e não a exceção”⁸⁴. Assim, a fim de garantir a livre concorrência, necessária a sua composição com outro princípio latente, ocultado sob o manto de norma no artigo 173, § 3º da Constituição Federal de 1988, que se expressa como “princípio da repressão aos abusos do poder econômico”⁸⁵.

78 ZYGMUNT, Bauman; LYON, David. *Vigilância líquida*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 31.

79 SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania. BERTOLIN, Patricia Tuma Martins; SMANIO, Gianpaolo Poggio (Org.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10

80 SOUZA, Luciana Cristina. Dignidade humana na webesfera governamental brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

81 SOUZA, Luciana Cristina. Dignidade humana na webesfera governamental brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

82 BAGNOLI, Vicente; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Direito concorrencial. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.). *Coleção tratado de direito empresarial*. 2016. v. 7. p. 188-189.

83 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, p. 206-207.

84 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, p. 207.

85 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, p. 207.

O referido valor constitucional é reproduzido na Lei de Concorrência (Lei 12.529/2011), sendo este o paradigma orientador da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e “cujos valores tutelados pela lei encontram na coletividade o seu legítimo titular”⁸⁶.

A política de concorrência, abeberando-se em uma economia neoclássica como aparato analítico, ao longo do século XX, estruturou-se na denominada Teoria Estática da concorrência, que é aquela que se preocupa com o nível dos preços (esfera da circulação), com a “tendência à eliminação de vantagens ou de diferenças entre os agentes - a dimensão passiva da concorrência”⁸⁷.

Outra forma de estruturar a política da concorrência, em contraste com a visão estática tradicional, diz respeito à denominada Teoria da Concorrência dinâmica (concorrência Schumpeteriana, em alusão ao seu autor J. Schumpeter), em que não se contenta somente com o monitoramento dos efeitos negativos dos concorrentes já existentes, mas se preocupando em criar concorrentes novos (dimensão ativa da concorrência). A compreensão do capitalismo não deve se limitar à esfera da circulação de produtos e serviços (que é a esfera dos preços), mas sim à esfera da produção (que é a esfera na qual novos produtos e serviços são criados).

Segundo Schumpeter, o capitalismo — como já dizia Marx — é um processo evolutivo, impulsionado pelo advento de novos bens a serem colocados à disposição dos consumidores, novos métodos de produção e de transporte, novos mercados e novas formas de organização industrial. A inovação na seara econômica incessantemente revoluciona o mercado, reiteradamente destruindo a ordem econômica antiga para criar uma nova. Para Schumpeter, esse processo de ‘destruição criativa’ consiste na essência do capitalismo⁸⁸.

Sob uma ótica Schumpeteriana, sustenta Ana Frazão que “a economia disruptiva e outros novos modelos de negócios, portanto, se utilizam das facilidades proporcionadas pela tecnologia da informação para criar novos serviços ou mesmo criar novos modelos de negócios”, isso por meio da “agregação da estrutura tecnológica a serviços já existentes, como se pode perceber nas manifestações de economia compartilhada no âmbito do transporte de passageiros” [n.g.: Uber]; “na tecnologia VoIP (*voice over internet protocol*), capaz de desempenhar função análoga à da telefonia” [n.g.: *whatsapp*]; “no *streaming* de vídeos *on demand*, em contraposição à televisão por assinatura tradicional; entre outros”⁸⁹.

Dentro desse enfoque schumpeteriano acerca de inovações em sentido amplo, deve-se salientar que a ênfase a ser dada não diz respeito, somente, à mudança tecnológica — como erroneamente alguns vêm tratando de forma reducionista a sua teoria. O campo de incidência é maior, abrangendo toda e qualquer mudança no espaço econômico, promovida pelas empresas em busca de vantagens e consequentes ganhos competitivos.

Frente a essa análise, estamos aptos a investigar o campo concorrencial relativa ao *Big Data Business* relevantes às *Smart Cities*.

Em uma sociedade em rede em que os intangíveis⁹⁰ produzidos pela tecnologia tornaram-se visíveis em razão dos seus reflexos no mundo físico, a economia criativa e disruptiva ganha fôlego, em especial pela natureza exponencial e infinita dessa nova forma de economia. São os intangíveis tecnológicos a chave para a sustentabilidade, pois permitem compartilhar (*sharing economy*) — mapeia-se o que já existe (espaços, equi-

86 BAGNOLI, Vicente; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Direito concorrencial. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.). *Coleção tratado de direito empresarial*. 2016. v. 7. p. 189.

87 POSSAS, M. L. Concorrência Schumpeteriana. In: KUPPER, David; HASENCLEVER, Lia (Org.). *Economia industrial: fundamentos teóricos e prática no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 2002. v. 1. p. 415-429.

88 SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism & democracy*. Londres: Routledge, 2013. p. 83-84 (tradução livre).

89 FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva Jur, 2017. p. 59. No mesmo sentido, confira-se: SILVA, José Benedito Lázaro da. O efeito disruptivo das inovações tecnológicas frente às ciências jurídicas e sociais. In: FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 159.

90 v.g.: propriedade intelectual, capital organizacional, conteúdos gerados pelo usuário e capital humano.

pamentos, matérias primas pré-existentes) — e criar sistemas para melhor aproveitamento do pré-existente (otimização dos excedentes).

Uma sociedade preparada para manipular o *big data* (ativo intangível) e que, por meio dele, consiga inovar, criando novos produtos e serviços, bem como novos modelos de negócios, gera desenvolvimento alavancando a economia nacional.

Dentro da lógica concorrencial Schumpeteriana, ganha-se importância a inovação (economia criativa), devendo o Estado adotar políticas públicas para que a sociedade brasileira tenha condições de concorrer com grandes empresas de tecnologia de aplicativos que impactam as cidades (sobretudo estrangeiras⁹¹), para que o Brasil não fique à mercê destas, afinal, nas palavras de Martin Wolf: “se a economia de uma país não estiver no jogo da tecnologia, não participará de maneira alguma dos jogos econômicos do futuro”⁹². Para tanto, o Estado brasileiro deverá promover e incentivar o “desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”, cumprindo, assim, o artigo 218 da Constituição Federal.

Sem a adoção de políticas públicas de longo prazo, a racionalidade empresarial continuará utilizando-se de estratégias anticoncorrenciais sensíveis envolvendo *Big Data*, criando monopólios em determinados setores, tal como ocorreu na aquisição do *Waze* pelo Google pelo valor aproximado de 1 bilhão de dólares.

A referida aquisição representou um ativo relevantíssimo, que é a massa de dados (*Big Data*) relativa ao transporte de veículos e a capacidade analítica desses dados para fins de mobilidade urbana. É fato que o interesse do Google nessa aquisição não é o consumidor e questões relacionadas à mobilidade urbana, mas sim a obtenção de dados e a possibilidade de impedir que concorrentes, como Apple e Facebook, ganhem força no setor⁹³. “Frustra-se, assim, a suposição de que o mercado esteja organizado, naturalmente em função do consumidor”⁹⁴ nas lições de Eros Roberto Grau. Ao que tudo indica, a aquisição teve por escopo criar uma barreira à entrada de novos concorrentes, impedindo que outro *player* captasse aquela tecnologia.

A estratégia de adquirir a tecnologia como forma de impedir a concorrência está no ecossistema de inovação tecnológica, e isso pode gerar a concentração e econômica e a barreira de entrada (prática monopolista)⁹⁵, sendo condutas que podem constituir infrações capituladas no artigo 36, § 3º, incisos IV e V da lei antitruste (Lei 12.529/2011), quais sejam: IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; e V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição.

A adoção de uma política de concorrência unicamente sancionatória, todavia, é insuficiente. Devemos adotar políticas públicas de longo prazo que criem incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica

91 “Oito das empresas mais valiosas do planeta operam no setor de tecnologia. A capitalização de mercado combinada dessas companhias é de US\$ 4,7 trilhões. Isso representa 30% da capitalização de mercado combinada das outras 92 companhias que formam o grupo de 100 empresas mundiais mais valiosas. Dessas oito companhias, cinco (Apple, Alphabet, Microsoft, Amazon e Facebook) são dos Estados Unidos, duas (Alibaba e Tencent) da China e uma (Samsung) da Coreia do Sul. A empresa de tecnologia europeia com capitalização de mercado mais alta, a SAP, ocupa o 60º posto entre as empresas de maior capitalização no planeta” WOLF, Martin. *Não devemos entregar nosso futuro às empresas de tecnologia*. 16 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/martinwolf/2017/11/1935811-nao-devemos-entregar-nosso-futuro-as-empresas-de-tecnologia.shtml?loggedpaywall>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

92 WOLF, Martin. *Não devemos entregar nosso futuro às empresas de tecnologia*. 16 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/martinwolf/2017/11/1935811-nao-devemos-entregar-nosso-futuro-as-empresas-de-tecnologia.shtml?loggedpaywall>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

93 OLHAR DIGITAL. *4 motivos pelos quais o google comprou o waze*. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/noticia/4-motivos-pelo-qual-o-google-comprou-o-waze/35180>>. Acesso em: 31 out. 2017.

94 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, p. 207.

95 “Os gigantes da tecnologia deveriam ser rigorosamente impedidos de adquirir potenciais concorrentes. Isso certamente é anticompetitivo” WOLF, Martin. *Não devemos entregar nosso futuro às empresas de tecnologia*. 16 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/martinwolf/2017/11/1935811-nao-devemos-entregar-nosso-futuro-as-empresas-de-tecnologia.shtml?loggedpaywall>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

no ambiente produtivo (Lei nº 10.973/2004) a fim de que haja criação de concorrentes que criem tecnologia e propiciem o desenvolvimento, saindo da situação da posição de país consumidor de tecnologia alheia. Para tanto, a nossa democracia deve passar pela democratização do acesso à educação que será uma base para forjar outros concorrentes e dar alternativas de longo prazo. O maior ativo é o cérebro dos brasileiros, a criatividade. O grande ativo é que poderá cuidar das presentes e futuras gerações.

É inevitável que a economia criativa, que tem por centralidade os ativos intangíveis, torne-se a primeira estratégia de desenvolvimento dos territórios, Estados e países, pois é a única forma de se chegar à sustentabilidade, pois são os únicos recursos que não se esgotam, mas se multiplicam com o uso. Além de gerar resultados financeiros, geram, também, resultados sociais, ambientais e culturais. É, portanto, inevitável que a economia criativa se torne prioridade.

Nas palavras de Amartya Sen, “as recompensas do desenvolvimento vão muito além da melhora direta da qualidade de vida”, e incluem também “sua influência sobre habilidade produtivas das pessoas, e, portanto, sobre o crescimento econômico em uma base amplamente compartilhada. Saber ler e fazer contas ajuda as massas a participar do processo de expansão econômica”⁹⁶.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A urbanização desordenada das cidades, fenômeno característico do Estado, inclusive brasileiro, nas últimas décadas, com a saturação demográfica de seu espaço geográfico urbano, tem acarretado inúmeros problemas sociais, tanto ao indivíduo como à sociedade, como os relativos à instalação de habitações precárias, implantação de transporte público inadequado, poluição ambiental, precariedade da segurança pública e saneamento básico inadequado.

O terceiro milênio, dando início à Era da Informação, é marcado pelo nascimento de uma “sociedade em rede”, com avanços da tecnologia da informação e da comunicação, com a geração de expressivos reflexos sociais, inclusive no tocante às cidades.

Em um contexto de sociedade em redes, as demandas por cidades inteligentes (*Smart Cities*) são crescentes, em especial pelos impactos benéficos provocados pela tecnologia no “mundo real”, nas cidades. Essas cidades valem-se, concomitantemente, de tecnologia, colaboração dos cidadãos e *Big Data*.

Empresas detentoras de tecnologia apropriam-se do *Big Data* e inventam aplicativos inovadores que interagem na cidade, agregando estrutura tecnológica ao aparato municipal de forma mais barata e eficiente, preterindo a ordem econômica até então vigente. Isso passa, necessariamente, pelo uso eficiente de dados e absorção de novas tecnologias e modelos de negócios.

O *Big Data*, um dos fenômenos inerentes à Era da Informação, possibilita o acompanhamento de comportamentos humanos em tempo real e de maneira massificada, proporcionando inteligência às cidades, quando devidamente processados e analisados os dados que o integram.

A cidade inteligente, gerida por dados, é caracterizada pela capacidade de os gestores utilizarem tecnologias próprias para a geração, captação, processamento e análise de dados, visando, entre outros fins, o desenvolvimento de áreas sociais, educacionais, econômicas e ecológicas em relação ao ambiente urbano.

A malha da Cidade Inteligente (*Smart City*) é integrada por pessoas, instituições e empresas, e pode ensejar diferentes visões. A inclusão de todas as visões é fundamental no processo democrático.

Conectados em redes e pela tecnologia, os cidadãos podem, num processo de transformação, em uma atividade criativa, colaborar com os outros e com o próprio governo para melhorar a vida das cidades, con-

96 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia De Bolso, 2010. p. 171

tribuindo para o aperfeiçoamento e a geração de novos serviços públicos, e possibilitando a implementação de políticas públicas sociais.

Da mesma forma, *startups* e as empresas em geral são importantes participantes da sociedade em rede, pois, valendo-se da economia criativa, podem criar novos aplicativos e tecnologias, com isso gerando melhorias às cidades e aos indivíduos.

As empresas de aplicativos que trabalham com *Big Data* geram grande impacto nas Cidades Inteligentes (*Big Data Business* relevantes às *Smart Cities*), disso advindo a importância de se estudar a questão das políticas concorrenciais ligadas às empresas detentoras de tecnologia e poder econômico manifesto, em especial respeitando-se o princípio da livre concorrência previsto no artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal.

A economia criativa, que tem por centralidade os ativos intangíveis, torna-se a principal estratégia de desenvolvimento dos municípios, territórios, estados e países, sendo uma das principais formas de se chegar à sustentabilidade, pois são os únicos recursos que não se esgotam, mas se multiplicam com o uso, gerando não apenas resultados financeiros, mas também resultados sociais, ambientais e culturais.

É necessário serem revistas as políticas públicas concorrenciais no setor tecnológico, de forma a criar novos concorrentes, pois a infinitude dos ativos intangíveis permite uma criação ilimitada. Para tanto, cidades inteligentes necessitam também de pessoas inteligentes, devendo-se, por isso, adotarem-se políticas de democratização da educação.

Tem-se, em conclusão, que restou demonstrada a hipótese inicial, no sentido de que o *Big Data*, integrando a sociedade em rede e contribuindo para o surgimento da cidade inteligente, possibilita a implementação de uma economia criativa, colaborativa, compartilhada e de livre concorrência, possibilitando a ampliação e concretização de diversas funções sociais da cidade, em especial por meio da implementação de políticas públicas pelos gestores públicos, voltadas em especial para a transformação e a prestação dos serviços públicos, contribuindo assim para o desenvolvimento urbano sustentável e para a cidade mais humanizada.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jacqueline de Souza. Passado, presente e futuro da criptografia forte: desenvolvimento tecnológico e regulação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

ARAUJO, Marilene; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. O tempo e o espaço. Fragmentos do marco civil da internet: paradigmas de proteção da dignidade humana. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

ARAUJO, Valter Shuenquener de. *Inovação e Administração pública*. Rio de Janeiro: UERJ Reg. 2017. Disponível em: <<https://www.facebook.com/uerjreg/videos/2065070117045188/>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

BAGNOLI, Vicente; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Direito concorrencial. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.). *Coleção tratado de direito empresarial*, 2016. v. 7.

BEZERRA, Tiago José de Souza Lima; MENEZES NETO, Elias Jacob de; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. O projeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5267/2016) no mundo do big data: o fenômeno da dataveillance em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

BOLÍVAR, Manuel Pedro Rodríguez. *Smart technologies for smart governments: transparency, efficiency and organizational issues*. Granada: Springer, 2018. v. 24. p. 3.

BORNE, Kirk. *Knowledge is power*. 11 de abril de 2014. Disponível em: <<https://mapr.com/blog/top-10-big-data-challenges-serious-look-10-big-data-vs/>>. Acesso em: 31 out. 2017.

- BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>. Acesso em: 31 out. 2017.
- BRASIL. *Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm>. Acesso em: 29 out. 2017.
- BRYNJOLFSSON, Erik; MCAFEE, Andrew. *A segunda era das máquinas: trabalho, progresso e prosperidade em uma época de tecnologias brilhantes*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2015.
- CAMPOS FILHO, Cândido Malta. *Cidades brasileiras: seu controle ou caos: o que os cidadãos devem fazer para a humanização das cidades no Brasil*. São Paulo: Studio Nobel, 1999.
- CASE, Steve. *A terceira onda da internet: como reinventar os negócios na era digital*. São Paulo: HSM, 2017. (Livro digital).
- CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro, 2003.
- CASTELLS, Manuel. *Fim do milênio: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra. 1999. v. 3.
- CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra. 1999. v. 1.
- CRAWFORD, Kate; SCHULTZ, Jason. Big data and due process: toward a framework to redress predictive privacy harms. *Boston College Law*, v. 55, n. 1. 2014. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol55/iss1/4>>. Acesso em: 30 out. 2017.
- EUROPEAN COMMISSION. *Opinion 03/2013 on purpose limitation*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf>. Acesso em: 31 out. 2017.
- EYAL, Nir. *Hooked: How to build habit-forming products*. New York: Penguin Group. 2014. (livro digital).
- FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2017.
- FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Forum, 2017
- FERREIRA, Renata Marques; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Tutela jurídica do whatsapp na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- FRAZÃO, Ana. *Big data e impactos sobre a análise concorrencial: direito da concorrência é um dos mais afetados pela importância dos dados – parte 1*. 29 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/big-data-e-impactos-sobre-a-analise-concorrencial-29112017>>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV). *O que é uma cidade inteligente?*. Disponível em: <<http://fgvprojetos.fgv.br/noticias/o-que-e-uma-cidade-inteligente>>. Acesso em: 29 out. 2017.
- GOMES, Rodrigo Dias de Pinho. *Big Data: desafios à tutela da pessoa humana na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros.
- HUNGARO, Luis Alberto. *Parceria público-privada municipal: a concretização de funções sociais da cidade: habitação, saneamento básico e mobilidade urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Censo Demográfico 2010*. Disponível em: <<https://censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?dados=11&uf=00>>. Acesso em: 27 out. 2017.

IOSIO, Cristian; VALENTINUZ, Giorgio. *Fare impresa com il crowdfunding*. Filadelfia: Wolter Kluwer. 2016.

KIRA, Beatriz; PAULA, Pedro C. B. De Paula; ZANATTA, Rafael A. F (Org.). *Economias do compartilhamento*. Curitiba: Juruá, 2017.

KLEINA, Nilton. *Erro no waze deixa trânsito de São Paulo (ainda mais) congestionado*. 25 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/mobilidade-urbana-smart-cities/123450-erro-waze-deixa-transito-paulo-ainda-congestionado.htm>>. Acesso em: 31 out. 2017.

LONGHI, João Victor Rozatti. *Processo legislativo interativo: interatividade e participação por meio das tecnologias da informação e comunicação*. Curitiba: Juruá, 2017.

MAYER-SCHONBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. *Big data: a revolution that will transform how we live, work and think*. New York: Houghton Mifflin Harcourt, 2013.

MENEZES, Daniel Francisco Nagao; SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Ensaio de economia criativa e colaborativa e sua regulação*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

MOREIRA, Marli. *Prefeitura de SP faz parceria com aplicativo do Waze para melhorar o trânsito*. 20 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2017-09/prefeitura-de-sp-faz-parceria-com-aplicativo-waze-para-melhorar-o-transito>>. Acesso em: 29 out. 2017.

NASCIMENTO, Barbara Luiza *Continho do*. *O direito humano de acesso à internet: fundamentos, conteúdo e exigibilidade*. Rio de Janeiro: editora, 2013 (livro digital).

OLHAR DIGITAL. *4 motivos pelos quais o google comprou o waze*. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/noticia/4-motivos-pelo-qual-o-google-comprou-o-waze/35180>>. Acesso em: 31 out. 2017.

OLHAR DIGITAL. *WhatsApp revela número de usuários no Brasil*. 29 de maio de 2017. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/noticia/whatsapp-revela-numero-de-usuarios-no-brasil/68604>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de (Coord.). *O controle da Administração na era digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito digital*. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

PIRES, Thatiane Cristina Fontão; SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do Parlamento Europeu. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.

POSSAS, M. L. *Concorrência Schumpeteriana*. In: KUPPER, David; HASENCLEVER, Lia (Org.). *Economia industrial: fundamentos teóricos e prática no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 2002. v. 1, p. 415-429.

PWC. *Data-driven cities: from concept to applied solutions*. p. 4. Disponível em: <https://www.pwc.ru/en/government-and-public-sector/assets/ddc_eng.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

REMEDIO, José Antonio; BUONAMICI, Sérgio Claro. Corrupção administrativa: histórico, efeitos danosos e combate por meio de instrumentos de tutela coletiva. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, v. 26, p. 147-165, 2017.

SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. São Paulo: EDUSP, 2014. v. 8.

- SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism & democracy*. Londres: Routledge, 2013.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Rio de Janeiro: Companhia de Bolso, 2010.
- SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Os excessos arrecadatórios nos Crowdfundings doação e recompensa: enriquecimento sem causa?* 2017. 76f. TCC (Monografia). São Paulo: USP/FDRP, 2017.
- SIXT, Elfriede. *Schwarmökonomie und crowdfunding: webasierte Finanzierungssysteme im Rahmen realwirtschaftlicher Bedingungen*. Bisamberg: Elfriede Sixt, 2014.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania. In: BERTOLIN, Patricia Tuma Martins; SMANIO, Gianpaolo Poggio (Org.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.
- SOUZA, Felipe. *Moradores da periferia de São Paulo criam a Ubra para bairro vetado pelo Uber*. 15 de março de 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/brasil/noticia/moradores-de-periferia-de-sp-criam-a-ubra-para-bairro-vetado-pelo-uber.ghtml>>. Acesso em: 31 out. 2017.
- SOUZA, Luciana Cristina. Dignidade humana na webesfera governamental brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Como compatibilizar legalidade administrativa e inovação?* 2017. Rio de Janeiro: UERJ Reg. 2017. Disponível em: <<https://www.facebook.com/uerjreg/videos/2066124990273034/>>. Acesso em: 11 jan. 2018
- THE ECONOMIST. *The inclusive internet index: bridging digital divides*. 2017. Disponível em: <<https://theinclusiveinternet.eiu.com/assets/external/downloads/3i-bridging-digital-divides.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2017.
- TOKORO, Nobuyuki. *The smart city na the co-creation of value: a source of new competitiveness in a Low-carbon society*. Japan: Springer, 2016.
- VANIAN, Jonathan. *Why data is the new oil*. Fortune, July 2016. Disponível em: <<http://fortune.com/2016/07/11/data-oil-brainstorm-tech/>>. Acesso em: 31 out. 2017.
- VARELLA, Rodrigo Dias. *Evolução do conceito de desenvolvimento: do crescimento econômico a expansão das liberdades*. 12 de dezembro de 2011. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?time_continue=2899&v=C7E_1aMPE-E>. Acesso em: 29 out. 2017.
- VIZZOTTO, Andrea Teichmann. A recuperação de mais-valias urbanas e os eventos esportivos. In: ALFONSIN, Betânia Moraes; PAGANI, Elaine Adelina; SOMENSI, Simone (Org.) *Congresso Comemorativo aos 30 anos do Estatuto da Cidade – II Congresso de Direito Urbano-Ambiental*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior de Direito Municipal. 2011.
- WOLF, Martin. *Não devemos entregar nosso futuro às empresas de tecnologia*. 16 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/martinwolf/2017/11/1935811-nao-devemos-entregar-nosso-futuro-as-empresas-de-tecnologia.shtml?loggedpaywall>>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- ZYGMUNT, Bauman; LYON, David. *Vigilância líquida*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

III. OUTROS TEMAS

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar

How to save the general repercussion system: transparency, efficiency and realism in case selection by the Brazilian Federal Supreme Court

Luís Roberto Barroso

Frederico Montedonio Rego

Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar*

How to save the general repercussion system: transparency, efficiency and realism in case selection by the Brazilian Federal Supreme Court

Luís Roberto Barroso**

Frederico Montedonio Rego***

RESUMO

Os principais tribunais constitucionais e supremas cortes do mundo viram-se, ao longo do tempo, na contingência de criar filtros de relevância para selecionar os processos que irão julgar. No Brasil, desde 2004, tem-se adotado, para esse propósito, o instituto da repercussão geral. A despeito de suas potencialidades, alguns desacertos, na sua compreensão e aplicação, têm conduzido o sistema ao colapso. O presente artigo, dividido em três partes, representa um esforço para reverter esse quadro. Procura-se, assim, apresentar os números que exibem o insucesso do modelo (Parte I), identificar as práticas que tornam o sistema disfuncional (Parte II) e formular sugestões que podem torná-lo viável e eficiente (Parte III). São ideias simples, capazes de transformar o processamento dos recursos extraordinários, independentemente de modificações na Constituição ou nas leis. Basta um indispensável desapego ao que não vem dando certo.

Palavras-chave: Supremas cortes. Tribunais constitucionais. Supremo Tribunal Federal. Filtros de relevância. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Recursos repetitivos. Discricionariedade. Agenda dos tribunais superiores.

ABSTRACT

Constitutional courts and supreme courts around the world were, over time, forced to create relevance filters in order to select cases to trial. In Brazil, since 2004, the institute adopted on the Federal Supreme Court for this purpose is called general repercussion. Despite its potential, some misunderstandings about its conception and application have led the system to collapse. This article, divided into three parts, represents an effort to reverse this situation. It seeks to present the numbers that show the failure of the model (Part I), identify the practices that make the system dysfunctional (Part II) and formulate suggestions that can make it feasible and efficient (Part III). They are simple ideas, able to transform the processing of ex-

* Artigo convidado

** Mestre em Direito pela Universidade de Yale, Doutor e Livre-Docente pela UERJ, Pós-Doutor pela Universidade de Harvard. Professor Titular da UERJ. Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do UNICEUB.

*** Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Bacharel em Direito pela UERJ. Juiz Federal Substituto. Ex-Juiz Auxiliar e Instrutor do Supremo Tribunal Federal (2013 a 2017). Email: Montedonio@frederico.com.br

traordinary appeals. There is no need to change the Constitution or statutes. An indispensable detachment from what has not been working is enough.

Keywords: Supreme courts. Constitutional Courts. Brazilian Federal Supreme Court. Relevance filters. Extraordinary appeal. General repercussion. Repetitive appeals. Judicial discretion. Higher courts' agenda.

1. INTRODUÇÃO

Supremas cortes têm como principal papel a prestação de jurisdição constitucional, cabendo a elas interpretar o sentido e o alcance da Constituição, bem como declarar a inconstitucionalidade das normas que sejam com ela incompatíveis. Supremas cortes devem julgar com visibilidade pública, fundamentação transparente e parcimônia, para que sua jurisprudência seja conhecida, compreendida e observada. Para tanto, não podem se perder no varejo das miudezas.

No Brasil, cabe ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, competência que desempenha, principalmente, em dois cenários: a) no julgamento de recursos extraordinários; e b) no julgamento de ações diretas. Há dificuldades estruturais em relação a ambos. As reflexões que se seguem concentram-se no primeiro cenário, que envolve os recursos extraordinários, cuja admissibilidade e julgamento de mérito ficam condicionados, no modelo vigente, à existência de repercussão geral (CF, art. 102, § 3º).

O artigo que se segue procura alinhar a atuação do Supremo Tribunal Federal às principais cortes constitucionais do mundo, superando o momento algo caótico e disfuncional que atravessa. Nele estão combinadas ideias defendidas de longa data pelo primeiro autor¹ com ideias desenvolvidas em recente trabalho acadêmico pelo segundo autor².

2. O COLAPSO DO SISTEMA DE REPERCUSSÃO GERAL

2.1. A necessidade de um filtro de relevância

Desde o final da 2ª Guerra Mundial, deu-se uma expressiva ascensão institucional do Poder Judiciário na vida dos países, trazendo como consequência um aumento crescente da demanda por prestação jurisdicional. Diante desse fenômeno, tribunais superiores de todo o mundo viram-se confrontados por um volume de processos superior à sua capacidade de trabalho. Em razão disso, tem-se difundido o uso de “filtros de relevância” em tribunais de muitos países, como Alemanha, Argentina, Austrália, Canadá, Espanha, Estados Unidos, França, Japão e Reino Unido³. Filtros de relevância são aqui definidos como mecanismos qualitativos de seleção de causas a serem julgadas. A necessidade de um filtro de relevância também foi sentida no

1 V., e.g., BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Do mesmo autor: BARROSO, Luís Roberto. *Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017. E ainda: BARROSO, Luís Roberto. *O Supremo Tribunal Federal em 2016: o ano que custou a acabar*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170109-01.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017.

2 REGO, Frederico Montedonio. *Os efeitos das decisões negativas de repercussão geral: uma releitura do direito vigente*. 2017. Dissertação de mestrado, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. No prelo. O trabalho defende ainda outras ideias, aqui não desenvolvidas em razão dos limites deste artigo.

3 Sobre filtros de relevância no mundo, cf., *vg.*: DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 96-139. GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. 1. p. 211-571, e t. 2. GIACOMETI, Daniela Allam e. *Filtros de acesso a Cortes Constitucionais*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 9-76.

Brasil, devido ao assoberbamento do Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente quanto aos recursos extraordinários. Não se trata de um problema novo, tanto que é discutido desde as primeiras décadas do século passado⁴, tendo sido enfrentado por mecanismos diversos⁵.

Daí o surgimento da *arguição de relevância*, prevista na Emenda Regimental (ER) n° 3/1975 ao Regimento Interno do STF (RI/STF) numa época em que o recurso extraordinário destinava-se não apenas à guarda da Constituição, mas também de tratados e leis federais (CF/1969, art. 119, III). Segundo o desenho final do instituto, dado pela ER n° 2/1985, a regra geral era a inadmissão do recurso, salvo em casos pontuais (*e.g.*, ações populares – art. 325, VII, do RI/STF), se a matéria fosse constitucional, ou, ainda, se demonstrada a “relevância da questão federal”, assim entendida a que, “pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal” (RI/STF, art. 327, § 1º). O instituto terminou estigmatizado por ter sido implantado durante o regime militar⁶, muito embora tivesse entre seus principais idealizadores Ministros que vieram a ser aposentados compulsoriamente pelo AI-5, como Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva. Com a criação e instalação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e a redução do escopo do recurso extraordinário às questões constitucionais, a arguição de relevância foi considerada extinta⁷.

A criação do STJ, no entanto, não foi capaz de desafogar o STF, encontrando-se hoje ambas as Cortes notoriamente sobrecarregadas. Paralelamente, países filiados tanto ao *civil law* quanto ao *common law* continuaram a ter experiências exitosas com os filtros de relevância. Nos EUA, segundo a Regra 10 das *Rules of the Supreme Court*, a Suprema Corte exerce uma jurisdição amplamente discricionária, podendo deixar de conhecer causas sem motivação, desde que o faça por ao menos dois terços dos seus juízes: tal *quorum* qualificado — regra consuetudinária — serve como contrapeso ao exercício da discricionariedade na concessão do *certiorari*⁸. De forma semelhante, o Tribunal Constitucional Federal alemão pode inadmitir uma reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) sem motivação (BVerfGG, § 93d, (1)), desde que o faça por unanimidade, se o caso for julgado em uma das Câmaras, ou por três quartos dos juízes, se o caso for de competência de um dos Senados. Na França, onde as decisões sempre são unânimes⁹, a Corte de cassação pode inadmitir recursos por “decisões não especialmente motivadas” (CPC francês, art. 1.014), prática já validada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, à luz do dever de motivação decorrente do art. 6º, 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos (caso *Burg et autres c. France*, j. 28/1/2003, entre outros). Em suma: países de distintas tradições jurídicas, com elevado grau de respeito às garantias processuais das partes em geral, e ao dever de motivação em particular, deixam de motivar as decisões de inadmissão de recursos que não superam o teste da relevância. Por tal razão, tais decisões têm efeitos restritos ao caso concreto, não servindo como precedentes.

4 “Dados estatísticos que remontavam a 1926 já sugeriam uma reforma constitucional com vistas a superar a crise de nossa Corte Constitucional. Desde a Constituição de 1946, o STF passou a sentir, em maior escala, dificuldade para atender ao crescente número de recursos extraordinários vindos de todas as unidades da federação. Na década de 1960, o STF já registrava uma sobrecarga de 7.000 processos anuais, um acúmulo de processos e um afluxo insuportável de serviços a indicar um possível estrangulamento. [...] Em 1990, foram protocolados 18.564 processos no STF e, em 2000, esse número tinha subido para 105.307, deixando mais do que evidente a necessidade e a urgência de mudanças, especialmente em vista da funcionarização do Poder Judiciário” (MEDINA, Damasceno. *A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Saraiva, 2016. e-book. p. 42-44).

5 Para uma análise dessas medidas, como a criação de óbices regimentais, o aumento do número de ministros e a criação de jurisprudência vinculante, cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 87-110.

6 “[A] arguição de relevância veio a ser totalmente eliminada do sistema com a promulgação da Constituição de 1988. Diante da pecha de antidemocrático, o instituto sucumbiu à sede de mudança que guiava o constituinte de 1988. A ideia de que o produto dos vinte e um anos de ditadura militar deveria ser, tanto quanto possível, banido do cenário nacional foi determinante para o ocaso da arguição de relevância” (DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 269).

7 STF, ARv 14.159, Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 27/4/1989.

8 REHNQUIST, William. *The Supreme Court*. Vintage Books: New York, 2007. e-book. p. 244-246.

9 A explicação para essa prática é a de que os julgamentos devem expressar o entendimento unitário da Corte, cuja autoridade ficaria minada por votos individuais divergentes. Além disso, o anonimato protegeria os juízes de pressões, preservando sua independência.

A ideia de um filtro de relevância no Brasil retornou a partir da “repercussão geral”, incluída no art. 102, § 3º, da Constituição pela EC nº 45/2004. Trata-se de instrumento pelo qual o STF pode “recusar” recursos extraordinários, desde que o faça pelo *quorum* qualificado de dois terços de seus membros (oito de onze ministros). Reconhecidamente inspirada em experiências internacionais, a repercussão geral foi celebrada como uma “novidade [que] servirá para restaurar o caráter paradigmático das decisões do STF, à medida que possibilitará que essa Corte examine apenas as grandes questões do país discutidas no Poder Judiciário”¹⁰.

O instituto foi regulamentado pela Lei nº 11.418/2006, que introduziu os arts. 543-A e 543-B no CPC/1973. Tais dispositivos, hoje substituídos pelos arts. 1.035 a 1.041 do CPC/2015, não definiram “repercussão geral”, mas apenas aludiram a conceitos vagos a serem “considerados” para tal fim, na seguinte fórmula: “[p]ara efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo” (CPC/2015, art. 1.035, § 1º). Entre outros preceitos, estabeleceu-se, ainda, o seguinte: (a) a repercussão geral é requisito de conhecimento do recurso — anterior, assim, ao juízo de mérito —, sendo irrecurável a decisão de negativa de repercussão (art. 1.035, *caput*); (b) negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica (art. 1.035, § 8º, e 1.039, parágrafo único); (c) pode ser determinada a suspensão de todos os processos que versem sobre a matéria enquanto o STF não decidir o mérito do recurso (arts. 1.035, § 5º, e 1.036, § 1º); e (d) o julgamento deverá ocorrer no prazo de um ano, com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus* (art. 1.035, § 9º).

O mecanismo entrou em efetivo funcionamento a partir da ER nº 21/2007 ao RI/STF, com a criação do chamado Plenário Virtual, meio eletrônico para manifestação dos ministros quanto à existência ou não de repercussão geral. Nos primeiros anos de funcionamento do sistema, quando o relator afetava um determinado caso, os demais ministros deveriam responder a uma única pergunta: “há (ou não) repercussão geral da questão constitucional?”. A partir da ER nº 31/2009, a votação virtual, também, passou a se referir, separadamente, à definição do caráter constitucional ou não da controvérsia. Assim, duas perguntas passaram a existir: “há questão constitucional?” e “há repercussão geral?”. Embora elas devam ser respondidas simultaneamente, é possível votar “por eventualidade”: assim, um ministro pode entender que não há questão constitucional, mas deixar registrado seu voto pela existência de repercussão geral, caso prevaleça o entendimento de que a questão é constitucional. Por fim, com a ER nº 42/2010, que permitiu a realização de julgamentos virtuais de mérito em caso de reafirmação de jurisprudência (RI/STF, art. 323-A), foi introduzida uma terceira pergunta, a ser respondida com um “sim” ou “não”: “deve ser reafirmada a jurisprudência do Tribunal?”. Em vinte dias, os ministros deverão marcar suas respostas no sistema, podendo ainda oferecer manifestações por escrito, se assim desejarem. Eventual silêncio será computado como um voto pela existência de repercussão geral, salvo se o relator votar pela ausência de questão constitucional (RI/STF, art. 324, §§ 1º e 2º). Os ministros podem ainda assinalar eventual impedimento ou suspeição no sistema¹¹.

Feita essa descrição sumária da disciplina normativa da repercussão geral e das razões que inspiraram sua criação, passa-se a analisar os seus resultados práticos.

2.2. Repercussão geral: impacto inicial e descontrolado superveniente

A partir da ER nº 21/2007, houve uma significativa redução do número de processos novos até 2011, especialmente os de competência recursal extraordinária, que respondem por cerca de 85% da movimentação

10 Trecho do relatório final da Comissão Mista Especial do Judiciário, criada pelo art. 7º da EC nº 45/2004, para elaborar os projetos de lei necessários à regulamentação da referida emenda (BRASIL, Congresso Nacional. Relatório nº 1 de 2006 – CN. *Diário do Senado Federal*, p. 1403, 21 jan. 2006. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datDiario=21/01/2006&tipDiario=1>>. Acesso em: 25 maio 2017).

11 No processo administrativo nº 350.575/2012, do Supremo Tribunal Federal, constam todos os detalhes sobre as regras de funcionamento do Plenário Virtual, inclusive com fotos das telas do sistema.

da Corte¹². Porém, em 2012, os números voltaram a subir, como revela o quadro abaixo¹³:

Ano	Novos processos protocolados no STF	Número de julgamentos (monocráticos + colegiados)
2016	89.971	109.174
2015	93.503	109.193
2014	79.943	107.964
2013	72.072	85.000
2012	72.148	84.039
2011	64.018	93.712
2010	71.670	98.529
2009	84.369	89.355
2008	100.781	104.237
2007	119.324	159.522
2006	127.535	110.284

Mesmo com todo esse volume de decisões — 109.174, entre monocráticas e colegiadas —, a “taxa de congestionamento” do STF em 2016 foi de 40%, a significar que, de cada dez processos que tramitaram na Corte, apenas seis foram baixados no mesmo ano¹⁴. Essa taxa é ainda maior quando se leva em conta apenas os processos de controle concentrado de constitucionalidade, que foi de 94,6% em 2016, a revelar, conforme diagnóstico oficial, “uma concentração de esforços nas tarefas próprias de um tribunal de instrução ou revisão, em detrimento da atuação como Corte Constitucional”¹⁵. Nem mesmo os casos com repercussão geral reconhecida vêm sendo julgados com rapidez, como se verá a seguir.

2.3. O estoque gerado e o congestionamento do sistema de justiça

Até o dia 1º.07.2017, isto é, cerca de dez anos depois da ER nº 21/2007, estes são os números:

- (i) 947 questões foram afetadas ao regime de repercussão geral;
- (ii) em 308 temas ela foi negada, significando que recursos versando aquelas matérias não subirão mais;

12 O percentual de processos novos das classes recurso extraordinário (RE), agravo em recurso extraordinário (ARE) e agravo de instrumento (AI – utilizado até a Lei nº 12.322/2010) oscilou de 82,6% em 2009 a 85,7% em 2016 (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Supremo em ação 2017: ano-base 2016*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017. p. 43. Disponível em: <<http://rsa.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 2 jul. 2017).

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Movimento processual a partir de 1940*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em: 10 maio 2017. Há uma ligeira diferença entre esses números e os que constam no relatório “Supremo em ação 2017” (aqui não utilizado porque somente possui dados a partir de 2009, quando a repercussão geral já estava em funcionamento), segundo o qual o STF teria recebido 89.959 processos novos em 2016. Esse último relatório apresenta a seguinte justificativa para tais diferenças: “[p]ontuais desconexões entre este e outros relatórios estatísticos disponíveis no Portal do STF podem ocorrer em virtude da data-base de extração dos dados, tendo em vista a possibilidade de ocorrência de movimentos de baixa retroativa (que impacta no cômputo dos pendentes e dos baixados) e de lançamento tardio no sistema de eventuais movimentações” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Supremo em ação 2017: ano-base 2016*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017. p. 13. Disponível em: <<http://rsa.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 2 jul. 2017). De toda forma, essas pequenas discrepâncias não prejudicam a linha de raciocínio ora desenvolvida, pois a ordem de grandeza dos números é semelhante.

14 “A taxa de congestionamento corresponde à proporção de processos que não foram baixados durante o ano-base, em relação ao total que tramitou no período (soma do acervo e dos baixados)”. O índice já foi pior, de 57,2% em 2009 (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Supremo em ação 2017: ano-base 2016*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017. p. 36. Disponível em: <<http://rsa.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 2 jul. 2017).

15 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Supremo em ação 2017: ano-base 2016*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017. p. 56-57. Disponível em: <<http://rsa.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

- (iii) das 639 questões remanescentes, 354 haviam sido julgadas;
- (iv) 285 ainda estavam pendentes¹⁶; e
- (v) a média de julgamento ao longo do período foi de 35,4 temas com repercussão geral por ano (354 em dez anos).

Mantida essa média, o Tribunal demoraria mais de oito anos para exaurir um estoque de 285 temas, e isso, apenas, se nenhum novo caso tiver repercussão geral reconhecida. Além disso, criou-se um novo problema: *no final de 2016, havia no mínimo 1,5 milhão de processos sobrestados nas instâncias de origem aguardando as decisões a serem tomadas pelo STF nos cerca de 300 feitos pendentes afetados ao regime da repercussão geral*¹⁷, casos esses que, na sistemática anterior à criação do filtro, estariam tramitando. *Esse número não inclui os processos sobrestados pelos tribunais de origem por iniciativa própria ao identificar controvérsia repetitiva (CPC/2015, art. 1.036, § 1º), sobre os quais as estatísticas nacionais ainda estão em construção*¹⁸. Considerando-se que as decisões tomadas em regime de repercussão geral até o final de 2016 haviam solucionado “apenas” 151.505 processos nas instâncias de origem¹⁹, o saldo revela-se amplamente negativo: a razão é de dez processos sobrestados para cada um resolvido por julgamento de mérito de repercussão geral.

Como se nota, a repercussão geral é um filtro de relevância que não tem impedido a chegada de 100 mil casos por ano ao STF, nem desobrigado a Corte de proferir, aproximadamente, o mesmo número de decisões no mesmo intervalo. O alívio de processos verificado até 2011 foi temporário e ilusório: a diminuição dos feitos remetidos ao STF não significa que eles tenham deixado de existir, mas apenas que continuam aguardando julgamento em algum escaninho, ainda que virtual, longe da Praça dos Três Poderes. É inegável, portanto, que a sistemática, tal como praticada até hoje, fracassou. A seguir, identificam-se algumas das causas desse fracasso.

3. ALGUMAS CAUSAS DA INSUFICIÊNCIA DO MODELO ATUAL DE REPERCUSSÃO GERAL

3.1. A adoção da prática do “filtro oculto” pelo STF

Nas cortes que adotam filtros de relevância, os casos são submetidos ao filtro — que pode ser mais ou menos severo — logo na *chegada* ao tribunal. Somente os processos que superem essa etapa inicial terão o seu mérito apreciado, em quantidade compatível com a capacidade de o tribunal resolvê-los com qualidade e em prazo razoável. Assim, na Suprema Corte dos EUA²⁰ e no Tribunal Constitucional alemão²¹, cerca de

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Números da repercussão geral* (situação atual detalhada). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>>. Acesso em: 13 jul. 2017. O relatório acima apresentava 288 recursos ainda pendentes, mas foram identificadas algumas inconsistências. Isso porque, entre esses temas, apareciam os de nº 16 (RE 643.247, Rel. Min. Marco Aurélio) e 544 (RE 846.854, Rel. Min. Luiz Fux), que já constam entre os 354 julgados. Também aparece como pendente o tema 192 (RE 601.384, Rel. Min. Marco Aurélio), que, no entanto, foi cancelado. Suprimindo-se os temas 16, 192 e 544 dos 288 temas pendentes, restam 285.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Processos sobrestados em razão da repercussão geral*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=sobrestadosrg>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

18 Trata-se do “Banco Nacional de Dados de Casos Repetitivos”, criado pela Resolução CNJ nº 235/2016, em cumprimento ao art. 979 do CPC/2015. Em 23/5/2017, dos 91 tribunais brasileiros, apenas 38 integravam a base de dados (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Banco de demandas repetitivas do CNJ tem mais de 2 mil temas*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84823-banco-de-demandas-repetitivas-do-cnj-tem-mais-de-2-mil-temas>>. Acesso em: 13 jul. 2017).

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Impacto da repercussão geral*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=impactorg>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

20 DADOS estatísticos oficiais da Suprema Corte dos EUA de 2011 a 2015. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/supcourt_a1_0930.2016.pdf>. Acesso em: 27 maio 2017.

21 De 1951 a 2016, o Tribunal Constitucional Federal alemão julgou procedentes apenas 2,3% das reclamações constitucionais, classe que responde por 96,61% do seu volume processual (ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. *Annual Statistics 2016*. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Statistik/statistics_2016.pdf?__

99% dos casos não superam o filtro.

Esse não é o procedimento-padrão adotado no STF em relação à repercussão geral. Tomando como base o período desde o início da efetiva prática do instituto (maio de 2007) até meados de 2017, há um grande contraste entre o número de temas afetados ao regime de repercussão geral (que, como visto acima, foi de 947) e o de decisões proferidas (*aproximadamente um milhão*²²). Ao arredondar os números, é possível constatar que, na média de um período de dez anos, apenas uma em cada mil decisões do Tribunal foi proferida em processo cujo tema fora afetado ao regime de repercussão geral, seja para reconhecê-la ou negá-la. Sob uma ótica meramente quantitativa, portanto, apenas cerca de um milésimo das decisões do STF se insere, diretamente, no mecanismo criado para concentrar a sua força de trabalho no que fosse verdadeiramente importante. Em outras palavras, o STF vive situação exatamente oposta à de outros tribunais congêneres: embora se trate de um número aproximado, é possível dizer que, no Brasil, 99,9% dos casos sequer passam pelo filtro.

Isso porque o art. 323 do RI/STF prevê que “[q]uando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral”. São essas “outras razões” — e não a falta de repercussão geral — que normalmente se invocam para inadmitir recursos, razões essas identificadas com óbices já “tradicionais”, de há muito erguidos pela jurisprudência da Corte ao acolhimento das pretensões dos recorrentes, como qualificar a matéria controvertida como infraconstitucional, e não constitucional (Súmulas 280 e 636), como fática, e não jurídica (Súmula 279), ou apontar a falta de pré-questionamento (Súmulas 282 e 356). Todas essas alternativas podem ser adotadas de forma monocrática pelo relator, cabendo agravo para a respectiva Turma, um colegiado de cinco ministros, e não para o Plenário. Como regra, esse agravo confirmará a decisão singular, por julgamento em lista: um mecanismo sumário em que não há debate, e no qual dezenas de casos podem ser julgados por vez.

Atualmente, portanto, a repercussão geral é um filtro de relevância só utilizado de forma expressa em última hipótese, “[q]uando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão”. O Tribunal não prioriza a análise da relevância das discussões que lhe chegam via recursos extraordinários, mas sim a aplicação de óbices formais que, nos termos do art. 323 do RI/STF, são preferidos ao juízo sobre a relevância da matéria de fundo. Tal paradoxo, que confina o filtro de relevância a um milésimo das decisões da Corte, explica-se, ao menos em parte, pelo elevado *quorum* de dois terços exigido para a prolação de decisões formais negativas de repercussão geral. Diante disso, os ministros não aproveitam as potencialidades do novo instituto e terminam mantendo o comportamento padrão anterior, que é o de se valerem das autorizações legais (CPC/2015, art. 932) e regimentais (RI/STF, art. 21) para julgamento monocrático. Tal prática, no entanto, é mais trabalhosa e pouco lógica, além de gerar muitas perplexidades.

Como já identificado por alguns autores antes mesmo da EC nº 45/2004²³, a chamada “jurisprudência defensiva” constitui um “*certiorari à brasileira*”²⁴, um “*certiorari de facto*”²⁵ ou um “mecanismo informal de seletividade recursal”²⁶. Utiliza-se, assim, um “filtro oculto”²⁷, pelo qual os ministros denegam recursos não

blob=publicationFile&v=2>. Acesso em: 27 maio 2017.

22 Trata-se da ordem de grandeza da soma do número de decisões constantes da tabela acima.

23 “[A] realidade chegou antes da norma [EC nº 45/2004]. Em termos práticos, mesmo à míngua de dados estatísticos que respaldem a assertiva, o aludido tribunal [STF] só julga – efetivamente por colegiado – as questões que tem como relevantes” (YARSELL, Flávio Luiz. A reforma do Judiciário e a promessa de duração razoável do processo. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, ano 24, p. 29, abr. 2004).

24 VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial à brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 420-421, jul./dez. 2008.

25 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Repercussão geral: como transformá-la num instituto adequado à magnitude da missão de uma Corte Superior? In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (Coord.). *Repercussão geral da questão constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 621.

26 MEDINA, Damares. *A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Saraiva, 2016, e-book. p. 83-85.

27 REGO, Frederico Montedonio. O filtro oculto de repercussão geral: como o obscurecimento dos juízos de relevância contribui

considerados relevantes, em decisões com efeitos limitados ao caso concreto. Fazem-no sem dizê-lo expressamente e sem utilizar o mecanismo da repercussão geral, que exigiria *quorum* qualificado e poderia produzir efeitos abrangentes. Não é difícil demonstrar que se trata, em última análise, de um juízo de relevância, e não apenas uma questão técnica de cabimento. Há numerosos exemplos de controvérsias que passam anos sendo enquadradas pelo STF como meramente fáticas ou infraconstitucionais²⁸ — sobretudo por decisões monocráticas, que, entre 2009 e 2016, representaram entre 84% e 89% do total de julgados. Os recursos contra essas decisões são julgados em lista e, como regra, elas são mantidas. No entanto, subitamente, quando a Corte passa a entender que o mesmo tema é de algum modo relevante, a matéria começa a ser reputada como constitucional, vindo o recurso a ser provido e a decisão recorrida revista.

Observe-se que apenas 5% dos recursos de natureza extraordinária decididos monocraticamente foram providos pelo STF entre 2007 e 2013, enquanto, nos temas com repercussão geral julgados no mesmo período, houve provimento em 38% dos casos²⁹. Isso sugere que a Corte mantém monocraticamente 95% das decisões que lhe são submetidas não por considerá-las corretas, mas por não as reputar suficientemente relevantes para um reexame. Nas matérias relevantes, o índice de provimento é bastante superior.

Embora aparentemente mais econômico, esse modo de trabalho gera uma série de efeitos colaterais, a começar pela inflação desordenada de julgamentos, tornando evidente o risco de decisões contraditórias e virtualmente impossível o adequado conhecimento da jurisprudência da Corte. Além disso, a utilização de óbices formais de admissibilidade demanda um tempo de análise processual muito superior ao que exigiria um filtro inicial assumidamente baseado na relevância: do modo como é feito hoje, por menos relevantes que sejam as discussões, é preciso tempo para debruçar-se sobre elas e compreender os fundamentos do acórdão recorrido, as teses do recurso extraordinário, as contrarrazões e a decisão de admissibilidade, a fim de aferir se a controvérsia “pouco relevante” é fática, infraconstitucional, não está pré-questionada etc. Esse estudo do caso, embora seja “invisível”³⁰ para as partes e seus advogados, consome boa parte dos recursos humanos e materiais do tribunal.

Quanto maior a demora para tornar definitiva uma conclusão desfavorável, maior o incentivo para recorrer. Nesse sentido, a idade média dos processos ainda pendentes no STF em 31/12/2016 foi de dois anos e três meses³¹. Trata-se de uma dilação muito expressiva, especialmente considerando que tais casos em geral já tramitaram por dois ou até três graus de jurisdição. Isso retroalimenta a litigiosidade, frustrando os esforços de produtividade do Tribunal. Mas esse não é o único problema decorrente da sub-utilização da repercussão geral.

3.2. A prática atual se utiliza apenas da recusa de teses, não de casos

Por força do art. 102, § 3º, da Constituição, a repercussão geral é um requisito de admissibilidade aplicável a todos os recursos extraordinários, quer se refiram a controvérsias de natureza repetitiva ou não. Porém,

para a crise do STF. *Revista de Direito Brasileira*. No prelo.

28 Para uma análise de vários desses exemplos (RE 614.406, Rel. Min. Ellen Gracie; RE 638.115, Rel. Min. Gilmar Mendes; ARE 909.437, Rel. Min. Luís Roberto Barroso; RE 590.415, Rel. Min. Menezes Direito), v. REGO, Frederico Montedonio. REGO, Frederico Montedonio. *Os efeitos das decisões negativas de repercussão geral: uma releitura do direito vigente*. 2017. f. Dissertação de mestrado, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. No prelo. p. 64-79.

29 MEDINA, Damares. *A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Saraiva, 2016. e-book. p. 93-94.

30 V. GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. 1. p. 202.

31 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Supremo em ação 2017: ano-base 2016*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017. p. 61. Disponível em: <<http://rsa.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 2 jul. 2017. Levando em conta o mesmo relatório, mesmo que se considerem apenas os recursos de natureza extraordinária pendentes, a média é menor, mas ainda muito elevada: um ano e dez meses de idade em 2016 (p. 66). Não se está levando em conta aqui o tempo médio de tramitação apenas dos processos *baixados* em 2016, que foi de oito meses nos processos em geral e de sete meses nos recursos de natureza extraordinária (p. 61 e 66): isto se dá em razão das taxas de congestionamento da Corte — 40% no geral e 36,4% para recursos de natureza extraordinária em 2016 (p. 36 e 57) —, a revelar que o STF só conseguiu baixar entre seis e sete processos a cada dez que tramitaram no ano.

a prática do instituto levou ao seu confinamento à primeira hipótese, vale dizer, afetou-o apenas à solução de casos repetitivos. Na prática, a transcendência — vale dizer, a qualidade da questão que “ultrapass[a] os interesses subjetivos do processo” (CPC/2015, art. 1.035, § 1º) — foi associada ao caráter repetitivo da controvérsia. Assim, ao se deparar com um recurso extraordinário que discuta uma questão considerada pouco relevante, o STF não tem se limitado a “recusá-lo” por falta de repercussão geral: nos pouquíssimos casos em que o filtro foi expressamente aplicado, o *modus operandi* da Corte consistiu em extrair do caso concreto a questão em tese debatida, fazer um juízo sobre a sua relevância *in abstracto* e projetar os efeitos desse juízo a todos os processos no País que discutam tal questão.

Essa eficácia ampla faz todo o sentido para os casos em que há a afirmação da repercussão geral: de fato, ainda que não se trate de uma controvérsia repetitiva, cuida-se de uma hipótese em que o STF reconhece estar diante de um recurso cujo mérito terá de ser resolvido, por apresentar “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”. Entretanto, no caso de negativa de repercussão geral, essa expansão de efeitos significa criar precedentes sobre questões de pouca relevância, ou melhor, sobre a pouca relevância de questões em tese, para fins de (des) cabimento de recurso extraordinário. Trata-se de uso um tanto anômalo do sistema de precedentes: como regra, precedentes são firmados em matérias de alta relevância, e não a partir de decisões que atestam a ausência de questões relevantes que transcendam os interesses das partes.

A existência de um mecanismo de filtragem de teses é uma boa ideia, com potencial para solucionar milhares de feitos com uma única decisão. Mas a restrição da prática atual do filtro a teses tem gerado mais problemas do que benefícios. Quando se nega repercussão geral a uma questão em tese, o STF abre mão de decidir sobre o assunto não apenas no caso concreto, mas em todos os casos semelhantes, e de forma, na prática, definitiva. Embora, teoricamente, haja a possibilidade de revisão da tese (CPC/2015, art. 927, §§ 2º a 4º, e RI/STF, arts. 103 e 327), o juízo de ausência de repercussão geral impede que o STF volte a ser provocado em futuros recursos extraordinários sobre o tema, pois não cabe sequer agravo da decisão que inadmita recurso extraordinário por falta de repercussão geral. Essa já era a jurisprudência da Corte na vigência do CPC/1973³², confirmada nos arts. 1.030, I, e seu § 2º, e 1.042 do CPC/2015. Assim, salvo se ocorrer uma remessa por engano, não há meios para fazer chegar ao STF um recurso extraordinário sobre questão cuja repercussão geral já tenha sido negada, de modo que a Corte fica privada de receber novos casos nos quais pudesse veicular a revisão.

Além disso, como resultado da projeção automática de efeitos da negativa formal de repercussão geral a todos os feitos que tratem da mesma questão, o filtro só tem incidido sobre “blocos” de processos, o que o torna incapaz de conter a demanda para o STF. Basta lembrar que o Judiciário terminou o ano de 2016 com quase 80 milhões de processos pendentes³³. Todos esses casos, ao menos teoricamente, podem chegar ao STF. Quantas teses são discutidas em 80 milhões de processos? Quantas teriam de ser classificadas e ter a repercussão geral negada para reduzir a demanda de processos sobre a Corte? Em outras palavras: quantos blocos temáticos seriam necessários para agrupar 80 milhões de processos? Em dez anos de efetivo funcionamento da repercussão geral, o STF não afetou nem 1.000 teses, das quais 285 ainda estavam pendentes em meados de 2017, gerando o sobrestamento *sine die* de mais de um milhão de processos. Atualmente, portanto, a repercussão geral é como um filtro com uma trama dilatada, capaz de conter somente pedras muito grandes (“blocos” de processos), enquanto a areia fina (processos não agrupados em “blocos”) escoia incessantemente, deixando a Corte cada vez mais soterrada.

Esse descomunal número de processos torna insuficientes todos os esforços de contenção da demanda

32 STF, Pleno, Rcls 7.547 e 7.569, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 19/11/2009; AI 760.358-QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19/11/2009; MS 29.009 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2/3/2011.

33 O número é de 79,7 milhões de processos (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2017*: ano-base 2016. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 201. p. 65. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2017).

sobre o STF a partir de um filtro que opera, apenas, como instrumento de resolução de demandas repetitivas, ou de processos que possam ser agrupados em “blocos” em torno de uma tese. Filtra-se uma tese, surgem outras dez, cem, mil, todas potencialmente reconduzíveis à Constituição de 1988, devido ao seu caráter analítico. E, mesmo quanto à tese filtrada, sempre será possível alegar que os casos concretos têm especificidades que escapam ao que foi decidido, implicando a necessidade de um novo exame particular. Em síntese: não se conseguiu até hoje, nem se conseguirá, reduzir a demanda sobre o STF com um filtro de escopo limitado.

3.3. *Quorum* e efeitos da não manifestação de algum ministro

Outra causa da insuficiência do modelo atual é a compreensão inadequada da razão de ser do *quorum* de dois terços para negar repercussão geral (CF, art. 102, § 3º). Trata-se de um *quorum* extremamente qualificado, superior ao exigido para a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos (maioria absoluta, conforme art. 97 da CF), e igual ao necessário para modular os efeitos de declaração de inconstitucionalidade “por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” (art. 27 da Lei nº 9.868/1999), bem como para editar, revisar ou cancelar súmulas vinculantes (CF, art. 103-A, também incluído pela EC nº 45/2004).

Afirmar que a finalidade do *quorum* é evitar a “acumulação de poderes na figura do relator”³⁴ não é justificativa suficiente, pois para isso bastaria exigir maioria simples de um órgão fracionário. Por outro lado, dizer que se trata de uma forma de compensar o caráter indeterminado da repercussão geral³⁵ é correto, mas incompleto. Isso porque faz parte da rotina judiciária — especialmente a de um tribunal constitucional — aplicar normas com alto grau de vagueza e indeterminação, como dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), intimidade (CF, art. 5º, X), moralidade (CF, art. 37, *caput*) etc. Estar diante de um conceito indeterminado não explica, por si só, a razão do *quorum* qualificado: ao contrário, haveria *quorums* reforçados em todos os outros casos que envolvessem conceitos indeterminados. Por outro lado, não é razoável concluir que uma deliberação com *quorum* tão qualificado seja igual a todas as outras, sujeita aos mesmos requisitos de quaisquer decisões que já podiam ser tomadas monocraticamente antes da EC nº 45.

A explicação mais coerente com a natureza do instrumento — e apta a justificar a instituição de um requisito de admissibilidade mais dificultoso que o necessário para julgar o mérito — é a de que o *quorum* constitui um contrapeso destinado a compensar a impraticabilidade de uma motivação analítica das decisões negativas em larga escala. Em outras palavras: para dificultar que a inevitável discricionariedade³⁶ desse tipo de juízo desnature-se em arbitrariedade. Se a repercussão geral obrigasse a Corte a elaborar uma decisão analiticamente motivada com as razões pelas quais entende que determinada controvérsia é despida de “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”, o instituto não justificaria sua existência, pois não permitiria ao STF se concentrar nas suas funções mais importantes. O tempo da Corte seria consumido por análises econômicas, políticas, sociais e jurídicas, quase todas para afirmar o pouco impacto das controvérsias que lhe são submetidas para além das partes do processo. Seria mais fácil resolver o mérito de todos os casos, em vez de empreender, na análise prévia de sua admissibilidade, um debate exaustivo sobre a sua relevância. Não é esse, evidentemente, o fim para o qual se concebeu o instituto.

A repercussão geral tem uma dimensão intrinsecamente comparativa³⁷, já que, por definição, o direito

34 TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 218.

35 DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 233.

36 Para uma defesa da natureza inevitavelmente discricionária do filtro de repercussão geral, v. REGO, Frederico Montedonio. *Os efeitos das decisões negativas de repercussão geral: uma releitura do direito vigente*. 2017. f. Dissertação de mestrado, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. p. 142-172. No prelo.

37 Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: quando menos é mais: repensando a jurisdição constitucional brasileira. In:

em geral e o direito constitucional em particular não cuidam de assuntos irrelevantes, de modo que toda controvérsia tem *alguma* relevância. Nem por isso, entretanto, todas as questões devem ser tratadas com o mesmo grau de prioridade: “[q]uando tudo é tratado como importante... nada é”³⁸. Se é assim, a repercussão geral pressupõe que a questão apresente um grau *diferenciado* de relevância, tanto que há uma *preferência* legal para julgamento dos casos com repercussão geral reconhecida (CPC/2015, art. 1.035, § 9º), em detrimento da regra geral de ordem cronológica da conclusão (CPC/2015, art. 12).

Motivar, analiticamente, uma conclusão pela baixa relevância de uma controvérsia *constitucional* — algo argumentativamente trabalhoso por definição — é muitas vezes uma tarefa tão onerosa quanto a de decidir o mérito da mesma controvérsia, o que faria o filtro perder sua razão de ser. Nessa linha, há que se reconhecer uma discricionariedade da Corte sobre o que substancialmente motivar, a partir do filtro da repercussão geral. A visão segundo a qual o mecanismo não seria discricionário e poderia conduzir a uma única solução correta muitas vezes reflete menos a realidade e mais um desejo, particularmente o desejo de que a única resposta correta seja a de quem a enuncia. Assim, se a repercussão geral mostra-se uma noção vaga, e se não é possível um debate exaustivo sobre o requisito em dezenas de milhares de decisões, o constituinte considerou seguro afirmar a pouca relevância de uma controvérsia se dois terços dos ministros concordassem a respeito. Trata-se de fórmula claramente inspirada nas experiências dos EUA e da Alemanha, onde o *quorum*, tão ou mais qualificado, compensa a indeterminação das fórmulas dos filtros de relevância e a falta de motivação das decisões negativas.

À luz dessa razão de ser, compreende-se que o *quorum* de dois terços não traduz uma presunção de repercussão geral: basta lembrar que, apesar de exigirem *quorums* semelhantes, a Suprema Corte dos EUA e o Tribunal Constitucional alemão rejeitam cerca de 99% dos casos que chegam a tais cortes. O *quorum* qualificado nada tem a ver com a excepcionalidade da inadmissão do recurso extraordinário, que, como o próprio nome indica, é de natureza excepcional. Sustentar o contrário significa esquecer que a repercussão geral surgiu para limitar e racionalizar o acesso ao STF, e não para ampliá-lo ainda mais. Levando isso em conta, é fácil ver os problemas da sistemática segundo a qual se considera reconhecida a repercussão geral se não houver manifestações expressas para a recusa do recurso, salvo se o relator votar no sentido de que a matéria é infraconstitucional (RI/STF, art. 324, §§ 1º e 2º). Não há aqui um problema decorrente da consideração do silêncio como manifestação de vontade, situação comum no direito em geral (*e.g.*, art. 111 do Código Civil), mas apenas sobre como o silêncio é contado.

Se o relator votar no sentido de que a controvérsia é constitucional, mas *não tem* repercussão geral, o silêncio é contado no sentido de que a matéria *tem* repercussão geral. Ou seja: o silêncio significa divergência. Não deveria ser assim, pois, como visto, o *quorum* qualificado não traduz uma presunção de repercussão geral: o silêncio deveria ser contado como assentimento com o voto do relator, tal como ocorre nas sessões presenciais de todos os tribunais, em que o presidente da sessão indaga, depois do voto do relator, se há alguma divergência. Essa forma de contar o silêncio levou à afetação de temas de relevância duvidosa: em sete anos, 25 temas foram afetados com a abstenção de cinco ministros³⁹, aumentando o estoque de temas pendentes e de processos sobrestados⁴⁰.

GIACOMETI, Daniela Allam e. *Filtros de acesso a Cortes Constitucionais*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 9.

38 GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Anotações sobre a repercussão geral nos recursos extraordinário e especial. In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (Coord.). *Repercussão geral da questão constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 443.

39 MEDINA, Damares. *A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Saraiva, 2011. e-book. p. 71-73.

40 Exemplo emblemático foi o do RE 584.247, em que o então relator, Min. Ricardo Lewandowski, votou, em 22/3/2012, pela ausência de repercussão geral da questão relativa à “competência para processar e julgar ação em que se discute pagamento de adicional de insalubridade a servidor público de ex-Território Federal ante a existência de convênio firmado entre a União e o Estado-membro para o qual foi cedido”, o que definiria a competência para julgar cerca de cinquenta processos referentes a servidores do ex-Território Federal de Roraima. O entendimento do relator quanto à ausência de repercussão geral foi acompanhado por outros seis votos expressos, mas, haja vista que os outros quatro ministros permaneceram silentes no Plenário Virtual, a repercussão geral foi reconhecida em razão dessas omissões, sem um único voto expresso pela relevância da questão. Houve, por assim dizer, um

Mais grave é a regra do art. 324, § 2º, do RI/STF, que exige *quorum* de dois terços para negar repercussão geral a matérias *infraconstitucionais*. Como se sabe, a distinção entre questões constitucionais e infraconstitucionais é problemática e utilizada para fins de jurisprudência defensiva. Mas, se a questão é infraconstitucional, a rigor, não se deveria deliberar sobre a repercussão geral, que só se refere a matérias constitucionais (CF, art. 102, § 3º). No entanto, essa sistemática passou a ser adotada a partir do RE 584.608, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 4/12/2008, e apenas se explica como forma de atribuir ao tema os efeitos transcendentais da falta de repercussão geral, impedindo a subida de novos processos sobre o assunto. Trata-se, porém, de um procedimento que gera perplexidades⁴¹, sendo preferível, nessa hipótese, a utilização do incidente de resolução de demandas repetitivas, que dispensa *quorum* de dois terços⁴².

Identificados os problemas e suas respectivas causas, é hora de propor soluções.

4. SOLUCIONANDO O PROBLEMA: A FORMA E O MOMENTO DO JUÍZO DE REPERCUSSÃO GERAL

4.1. A existência ou não de repercussão geral deve ser o primeiro exame a ser feito

O CPC/2015 ajuda a tornar a relevância o critério preferencial, tirando o suporte da jurisprudência defensiva ao dispor que o STF e o STJ poderão “desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave” (art. 1.029, § 3º)⁴³. Assim, *o filtro da repercussão geral deve ser o primeiro a ser aplicado, não o último*. Caso contrário, o Tribunal passará a maior parte do tempo consumido pela análise de casos que, provavelmente, não sobreviveriam a um juízo assumido e prioritário de relevância — casos que, por isso mesmo, não podem ser considerados relevantes.

O Tribunal deve, portanto, analisar a repercussão geral com precedência sobre os demais requisitos de admissibilidade, exceto nos casos de recursos intempestivos ou que contenham vícios formais graves, não alcançáveis pelo art. 1.029, § 3º, do CPC/2015. Mais: deve abster-se de classificar previamente a controvérsia como constitucional ou infraconstitucional, assumindo, pela mera afirmação do recorrente (*in statu assertionis*), a existência de questão constitucional apenas para fins de debate sobre sua eventual repercussão geral. Isso porque, considerando o caráter obscuro da distinção entre questões constitucionais e infraconstitucionais, especialmente numa Constituição analítica como a brasileira, esse debate classificatório prévio conspiraria contra a agilidade propiciada pelo filtro de relevância. Além disso, trata-se de uma fonte quase inesgotável de inconsistências e que pode vir a resultar em sobrecarga para o STJ, já que agora os recursos extraordinários sobre matérias tidas como infraconstitucionais não devem mais ser simplesmente extintos, mas sim remetidos àquela Corte Superior (CPC/2015, art. 1.033).

reconhecimento de repercussão geral “por W.O?”. O caso terminou por ser desafetado do regime da repercussão geral por nove votos (RE 584.247 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 27/10/2016).

41 Outro exemplo: no RE 946.648, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30/6/2016, seis ministros entenderam que a matéria era infraconstitucional e sem repercussão geral, enquanto outros cinco manifestaram-se no sentido de que se tratava de controvérsia constitucional e com repercussão geral. A proclamação eletrônica do resultado foi pelo reconhecimento do caráter constitucional e da repercussão geral do tema, embora a maioria absoluta dos ministros tenham entendido que o tema não era sequer constitucional. Há impugnações pendentes e ainda não analisadas quanto a essa proclamação do resultado.

42 Trata-se da solução preconizada por DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 3. p. 427.

43 Mesmo antes do CPC/2015, o STF já relevou um problema com o preparo do recurso em razão da importância do tema, ao qual foi atribuída repercussão geral: “saber se o ensino domiciliar (*homeschooling*) pode ser proibido pelo Estado ou viabilizado como meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de prover educação, tal como previsto no art. 205 da CRFB/1988” (RE 888.815, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 4/6/2015).

4.2. É possível a negativa de repercussão geral com efeitos limitados ao caso concreto e motivação sumária

Como visto, a razão de ser do *quorum* qualificado é compensar a impraticabilidade de uma motivação analítica dos juízos de repercussão geral. Como consectário dessa motivação atenuada ou genérica, a decisão somente pode produzir efeitos para o caso concreto, não afetando outros casos versando a mesma controvérsia⁴⁴. Nesse sentido, a Constituição não prevê uma expansão *automática* dos efeitos da decisão de ausência de repercussão geral para todos os processos que discutam uma mesma questão jurídica. Diversamente, o art. 102, § 3º, preceitua que o requisito se refere à “admissão do recurso” (no singular), podendo a Corte “recusá-lo” (também no singular), por manifestação de dois terços dos seus membros. Vale dizer: a Constituição não prevê que a decisão negativa de repercussão geral se aplica *sempre a todos os recursos* (no plural) sobre uma mesma questão.

O Código de Processo Civil previu essa expansão de eficácia (CPC/1973, art. 543-A, § 5º, e 543-B, § 2º; CPC/2015, arts. 1.035, § 8º, e 1.039, parágrafo único), como uma forma de resolver demandas repetitivas com uma única decisão, o que pode ser útil. No entanto, embora possa ocorrer, tal expansão de eficácia não é *automática* ou *obrigatória*. Em verdade, se a decisão de ausência de repercussão geral, por definição, refere-se a discussões que não “ultrapass[a]m os interesses subjetivos do processo” (CPC/2015, art. 1.035, § 1º), é de se esperar que normalmente a decisão negativa de repercussão geral tenha seus efeitos limitados ao caso dos autos em que proferida. Essa possibilidade de modulação ou limitação dos efeitos da decisão negativa de repercussão geral decorre até mesmo da lógica segundo a qual “quem pode o mais, pode o menos”: se o STF pode, com uma única decisão tomada por dois terços dos seus membros, produzir o efeito de inadmitir todos os recursos extraordinários presentes e futuros que tramitem no território nacional sobre uma determinada questão jurídica, com maior razão o mesmo *quorum* pode inadmitir apenas um único recurso extraordinário — o do caso concreto⁴⁵.

Daí porque, à luz do direito brasileiro vigente, as decisões negativas de repercussão geral podem operar de duas formas: (a) como um instrumento de resolução de demandas repetitivas; e (b) como um instrumento de seleção qualitativa de recursos extraordinários. A primeira corresponde à praxe atual: decisões que se expandem para todos os processos em que se discuta certa controvérsia, cuja eficácia consiste em autorizar a inadmissão de recursos extraordinários pendentes e futuros sobre a questão na origem. Isso, naturalmente, pressupõe uma motivação analítica, até para que seja possível identificar a questão jurídica objeto da decisão.

A segunda forma, embora não se verifique na atual prática brasileira, encontra-se autorizada pelo direito vigente e corresponde ao modelo típico de operação dos filtros de relevância no mundo: decisões negativas com efeitos restritos ao caso concreto, isto é, que inadmitem apenas o recurso extraordinário em questão (CF, art. 102, § 3º), sem gerar precedentes. Esse tipo de decisão, por seus efeitos limitados, pelo elevado *quorum* exigido e por poder ser tomada exclusivamente pelos ministros do STF, não exige motivação analítica, sendo suficiente, *e.g.*, a referência à base normativa que a autoriza. Não utilizar essa segunda forma, mas apenas a primeira, é reduzir a repercussão geral a um instrumento de resolução de demandas repetitivas, de feição tímida e pouco eficaz, como tem sido até agora a prática do Tribunal. Nada mais distante dos fins para os quais foi concebido o instituto.

Demandar motivação analítica para *todas as decisões negativas* de repercussão geral é inviabilizar o uso do filtro para os fins a que se destina e, portanto, contrariar o art. 102, § 3º, da Constituição. Em outras palavras:

44 Para uma defesa teórica da relação entre o alcance das decisões judiciais e sua motivação, com amparo em Frederick Schauer e Cass Sunstein, v. REGO, Frederico Montedonio. *Os efeitos das decisões negativas de repercussão geral: uma releitura do direito vigente*. 2017. f. Dissertação de mestrado, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. No prelo. p. 88-104.

45 Aliás, de certa forma, o STF também profere decisões com efeitos limitados ao caso concreto quando presume a existência de repercussão geral e dá provimento ao recurso extraordinário, por exemplo, se a decisão recorrida viola súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (CPC, art. 1.035, § 3º, I). Não se cogita, nessa hipótese, uma decisão de efeitos transcendentais ou o sobrestamento de todos os processos semelhantes. A observação é de Ciro Grynberg.

exigir que o STF, como requisito de conhecimento de dezenas de milhares de recursos extraordinários, faça um debate exaustivo sobre a (pouca) relevância — e nem sequer sobre o mérito — das questões jurídicas neles trazidas é inviabilizar o próprio funcionamento da Corte. Essa visão fundamentalista do dever de fundamentação⁴⁶ impede que o Tribunal cumpra efetivamente sua função de guardar (toda) a Constituição — e não apenas o art. 93, IX —, pois a profusão de decisões pretensamente motivadas gera pronunciamentos inevitavelmente contraditórios, dificulta a observância da jurisprudência e retarda os julgamentos, contrariando assim também, no mínimo, os arts. 5º, LXXVIII, e 102, *caput*, da CF. Considerações relativas à eficiência de regimes jurídicos não são indiferentes ao direito, mesmo porque o princípio constitucional da *eficiência* está previsto no art. 37, *caput*, da Constituição como aplicável a toda a Administração Pública, inclusive ao Poder Judiciário.

Não há, por assim dizer, uma contraposição entre o que seria “justo” (um direito de amplo acesso ao STF, correspondente a um dever de motivação analítica em *todas* as suas decisões, inclusive aquelas pelas quais se assenta a pouca relevância de controvérsias concretas) e o que seria “prático” (a desnecessidade da motivação analítica das decisões negativas). Isso porque esse “justo” terminaria num resultado “injusto” para todos, pois ninguém poderá contar com uma suprema corte inviabilizada e incapaz de responder de forma tempestiva e eficaz — em outras palavras, “justa” — às demandas que lhe são submetidas⁴⁷. Portanto, para que a repercussão geral possa cumprir a sua função, isto é, para permitir que o STF “examine apenas as grandes questões do país discutidas no Poder Judiciário” e deixe “de se pronunciar sobre questões sem qualquer relevância para a sociedade”⁴⁸, é preciso que a Corte, de um lado, decida o que é mais relevante, e, de outro, *não decida o que é menos relevante*. Ambos os aspectos estão relacionados: se o STF for obrigado a decidir todos os casos que se lhe apresentam, ainda que pouco relevantes, e mesmo que apenas para afirmar a sua pouca relevância, mas de forma analiticamente fundamentada, o Tribunal não será capaz de decidir de forma tempestiva e com qualidade as controvérsias mais relevantes. E essa é uma situação violadora dos arts. 5º, LXXVIII, 102, *caput* e § 3º, da CF⁴⁹.

Tampouco há ofensa à isonomia, como se poderia supor, à vista da possibilidade de uma determinada questão, veiculada em caso rejeitado no passado, vir a ter repercussão geral reconhecida tempos depois. Em primeiro lugar, porque o tratamento desequiparado ilegítimo é aquele que se dá sob as mesmas condições de fato e de direito. Se as circunstâncias mudaram, não há que se exigir igualdade. Em segundo lugar porque, sob essa ótica, o problema já existiria hoje, nas situações em que o STF conhece e provê um recurso extraordinário, após anos deixando de admitir casos idênticos, sob o fundamento de ser a questão infraconstitucional⁵⁰. No fundo, portanto, trata-se de admitir, porque inelutável, a dimensão discricionária do juízo de repercussão geral, sujeito à dinâmica da vida social e jurídica, e consequentes avaliações de conveniência e oportunidade.

46 Vale notar que até mesmo Michele Taruffo – autor da clássica obra *La motivazione della sentenza civile*, que analisou com profundidade todas as nuances do dever de motivação e defendeu a tese de que a sentença não motivada é juridicamente inexistente, e não “meramente” nula — afirma a compatibilidade dos filtros de relevância com as garantias fundamentais do processo (TARUFFO, Michele. Prólogo. In: GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. 1. p. 20). E, como visto acima, também a Corte Europeia de Direitos Humanos validou o filtro de relevância exercido pela Corte de cassação francesa, à luz do dever de motivação protegido pela Convenção Europeia de Direitos Humanos.

47 Nesse sentido: GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. 1. p. 97.

48 Trecho do relatório final da Comissão Mista Especial do Judiciário, criada pelo art. 7º da EC nº 45/2004, para elaborar os projetos de lei necessários à regulamentação da referida emenda (BRASIL, Congresso Nacional. Relatório nº 1, de 2006 – CN. *Diário do Senado Federal*, p. 1403, 21 jan. 2006. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datDiario=21/01/2006&tipDiario=1>>. Acesso em: 25 maio 2017).

49 Nesse sentido: “[...] o Supremo Tribunal Federal poderá escolher os casos sobre os quais irá se debruçar. Isso é legítimo, é a concretização do princípio da efetividade da prestação jurisdicional. Tornar a atividade do Tribunal viável é garantia de sua competência [...]”. (GIACOMET, Daniela Allam e. *Filtros de acesso a Cortes Constitucionais*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 6).

50 Vale notar que o CPC instituiu mecanismos para minimizar o risco de violações à isonomia, como a inexistência do título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo que venha a ser declarado inconstitucional pelo STF, ou fundado em interpretação que venha a ser tida pelo STF como incompatível com a Constituição, seja em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, bem como o cabimento de ação rescisória na hipótese de trânsito em julgado (CPC, art. 525, §§ 12 e 15).

O CPC reforçou aquilo que já decorre da Constituição: a repercussão geral é um requisito “para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal” (art. 1.035, § 2º), ou seja, trata-se de um requisito que refoge à regra geral segundo a qual a admissibilidade do recurso deve ser analisada, primeiramente, pela própria instância recorrida (art. 1.030). Os ministros do STF são “nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal” (CF, art. 101, parágrafo único). Essas credenciais de natureza política legitimam tais juízes para decidir discricionariamente em hipóteses específicas e explicam porque os tribunais de origem não podem, ao analisar a admissibilidade de recursos extraordinários, negar-lhes processamento por entender ausente a repercussão geral, salvo se o próprio STF já tiver negado repercussão geral à questão em tese (art. 1.042 do CPC/2015)⁵¹.

Reforça essa conclusão a *irrecorribilidade das decisões negativas de repercussão geral* (CPC/2015, art. 1.035, *caput*). Como se sabe, uma das funções do dever de motivação das decisões judiciais é permitir à parte prejudicada o exercício do direito de recorrer: assim, se não cabe recurso, o dever de motivação perde uma de suas funções. Embora, como regra geral, ele se estenda inclusive às decisões irrecorribíeis, como parte de seu caráter não apenas endoprocessual (voltado às partes do processo), mas também extraprocessual (voltado à sociedade como um todo)⁵², essa última função pode ser satisfeita por outros meios, como a ampla divulgação das decisões e a formação de bancos de dados sobre a repercussão geral (RI/STF, art. 329). Uma exigência inatingível de motivação, longe de tornar o processo controlável, o empurrou para a informalidade e resultou num “filtro oculto” com sérios efeitos colaterais, como se procurou demonstrar ao longo do texto.

Ainda em reforço da tese, o art. 1.035, § 11, do CPC/2015, assim como fazia o art. 543-A, § 7º, do CPC/1973, prevê que “[a] súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão”. Trata-se do único preceito em que o Código usa a expressão “súmula *da decisão*”, e não “súmula *da jurisprudência*”, “súmula *de tribunal*”, “enunciado de súmula” ou simplesmente “súmula”, isoladamente ou acompanhada do adjetivo “vinculante”. Isso indica que o Código aqui usou a expressão “súmula” no sentido de “pequena suma; breve epítome ou resumo; sinopse, condensação”⁵³. Se, para essa decisão, fosse necessária uma fundamentação como a exigida para os acórdãos em geral, não haveria sentido na parte final do preceito, segundo o qual essa súmula “valerá *como acórdão*”, isto é, como decisão colegiada (CPC/2015, art. 204), tomada por no mínimo oito ministros do STF. Por que se daria valor de acórdão à “súmula da decisão” se fosse necessário depois publicar “outro” acórdão? Tudo indica que a decisão negativa de repercussão geral possa consistir numa declaração sintética, com dispensa de motivação analítica.

Decisões genéricas, como regra, são proibidas pelo art. 489, § 1º, III, do CPC/2015. Porém, as decisões negativas de repercussão geral são um caso especial, por todas as razões acima expostas: (a) *quorum* qualificadíssimo de dois terços; (b) exclusividade na apreciação pelo STF; (c) âmbito restrito à admissibilidade do recurso extraordinário; (d) alcance limitado ao caso concreto. Além disso, ao chegar ao STF, o processo já passou por, pelo menos, dois graus de jurisdição. A se entender que o art. 489, § 1º, III, do CPC/2015 proíbe essa prática, o preceito impediria o filtro de funcionar eficazmente e, assim, teria uma incidência inconstitucional quanto às decisões negativas de repercussão geral, exigindo interpretação conforme a Constituição.

4.3. A omissão de algum ministro em se manifestar importa em adesão à posição do relator

Aqui, trata-se, apenas, de defender a necessidade de alteração dos §§ 1º e 2º do art. 324 do RI/STF, à luz da compreensão adequada da razão de ser do *quorum* de dois terços previsto no art. 102, § 3º, da Cons-

51 Como visto, tal dispositivo apenas consagrou a jurisprudência que o STF já havia construído antes da entrada em vigor do CPC/2015: Pleno, Rels 7.547 e 7.569, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 19/11/2009; AI 760.358-QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19/11/2009; MS 29.009 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2/3/2011.

52 TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução: Daniel Mitidiero; Rafael Abreu; Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons Brasil, 2015. p. 317-347.

53 DICIONÁRIO Houaiss. Disponível em: <<https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-2/html/index.php#0>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

tuição. Tratando-se de um mecanismo para compensar a impraticabilidade de motivação analítica de todas as decisões negativas de repercussão geral, e não de um mecanismo de presunção de repercussão geral, os dispositivos devem ser substituídos pela regra geral dos julgamentos nos tribunais: o silêncio dos vogais significa concordância integral com o relator.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível resumir as ideias aqui apresentadas em quatro proposições objetivas bastante simples, a saber:

1. A existência ou não de repercussão geral deve ser o primeiro exame a ser feito na apreciação da admissibilidade de um recurso extraordinário, o que assegurará transparência e celeridade na verificação do seu cabimento. Com isso será possível superar a prática até aqui prevalente de se fazer um “juízo oculto” de relevância, pelo qual, sob a roupagem de um juízo técnico, o Tribunal recorre a fórmulas defensivas de inadmissão, em que afirma que a matéria controvertida é infraconstitucional, fática ou não foi pré-questionada.

2. É possível a negativa de repercussão geral com efeitos limitados ao caso concreto e motivação sumária. O juízo de repercussão geral tem uma dimensão comparativa e inelutavelmente discricionária. A fundamentação objetiva é expressamente admitida pelo Código de Processo Civil para esse caso e o risco de arbitrariedade é minimizado pela exigência do *quorum* de 2/3 (dois terços).

3. A omissão de algum ministro em se manifestar deverá importar em adesão à posição do relator, o que impedirá, como já aconteceu muitas vezes, o reconhecimento de repercussão geral pela ausência de manifestação de Ministros.

4. As ideias aqui veiculadas são plenamente compatíveis com a Constituição e a legislação aplicável, podendo ser instituídas, quando muito, por mera alteração regimental.

Algumas observações finais. É muito difícil fiscalizar, adequadamente, o que o Tribunal faz de relevante e os critérios que realmente adota quando recebe cerca de cem mil processos por ano e profere, no mesmo período, mais de cem mil decisões. As inconsistências são inevitáveis e prejudicam tanto os jurisdicionados quanto a Corte. Reconhecer a impraticabilidade de uma motivação analítica de *todas* as decisões negativas de repercussão geral é um passo necessário para obter o grau de controle político-social possível.

Mesmo que não se altere o número de recursos em curto prazo, essas mudanças libertariam, imediatamente, o Tribunal da necessidade de proferir uma enxurrada de decisões monocráticas e julgamentos em lista, que não são nada além de uma ficção de justiça, uma forma de obscurecer um juízo inevitavelmente discricionário, com um verniz pretensamente técnico que não se sustenta e apenas desgasta a Corte. Investe-se um esforço monumental, apenas, para chegar ao mesmo resultado de forma pior e mais trabalhosa. E, na prática do Tribunal, não deverá ele reconhecer mais repercussões gerais do que possa julgar em um ano, sob pena de atrasar o funcionamento da Justiça, em razão do sobrestamento na origem.

Uma das principais causas de demora no aperfeiçoamento das instituições é a incapacidade de formular um bom diagnóstico dos seus problemas e, no passo seguinte, tomar as decisões necessárias para superá-los. Espera-se que eventual divergência com as ideias aqui defendidas venha acompanhada de propostas com grau mais elevado de viabilização prática. Mas é insustentável que o Tribunal permaneça na situação atual, decidindo casos demais com celeridade de menos, e, pior ainda, atravancando todas as demais instâncias com sobrestamentos excessivos. Não há razão para que esse quadro permaneça, pois o direito em vigor já oferece instrumentos adequados. Decidir menos casos com alto grau de importância, maior qualidade e mais rapidez é a principal contribuição que o STF pode dar ao País.

Cortes Supremas, por sua própria natureza, têm o poder de definir sua agenda de julgamentos. Esse

poder, como se procurou demonstrar, vem sendo exercido pelos ministros do STF de forma solitária, inconsistente e não transparente, por um juízo oculto de relevância veiculado predominantemente em decisões monocráticas. A repercussão geral é um instrumento pelo qual o tribunal pode recuperar sua saudável colegialidade e seu poder como instituição. Para a Corte assumir o controle da sua agenda, mais vale uma discricionariedade forte, transparente e exercida com desassombro do que uma técnica mal disfarçada.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. *Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnl-reflexoes-stf-25ago2014.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Supremo Tribunal Federal em 2016: o ano que custou a acabar*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170109-01.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Supremo em ação 2017: ano-base 2016*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017. Disponível em: <<http://rsa.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 2 jul. 2017.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2017: ano-base 2016*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2017.
- DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 3.
- GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Anotações sobre a repercussão geral nos recursos extraordinário e especial. In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (Coord.). *Repercussão geral da questão constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 443-471.
- GIACOMET, Daniela Allam e. *Filtros de acesso a Cortes Constitucionais*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- GIANNINI, Leandro. *El certiorari: la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Librería Editora Platense, 2016. t. 2.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MEDINA, Damares. *A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Saraiva, 2016. e-book.
- REGO, Frederico Montedonio. *Os efeitos das decisões negativas de repercussão geral: uma releitura do direito vigente*. 2017. f. Dissertação de mestrado, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. No prelo.
- REGO, Frederico Montedonio. O filtro oculto de repercussão geral: como o obscurecimento dos juízos de relevância contribui para a crise do STF. *Revista de Direito Brasileira*. No prelo.
- REHNQUIST, William. *The Supreme Court*. Vintage Books: New York, 2007. e-book.
- TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 207-220.
- TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução: Daniel Mitidiero; Rafael Abreu; Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons Brasil, 2015.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial à brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Repercussão geral: como transformá-la num instituto adequado à magnitude da missão de uma Corte Superior? In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (Coord.). *Repercussão geral da questão constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 615-631.

YARSHELL, Flávio Luiz. A reforma do Judiciário e a promessa de duração razoável do processo. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, ano 24, p. 28-33, abr. 2004.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Precariedade do sistema
penitenciário brasileiro como
base temática para a proibição
ou legalização das drogas**

**The precariousness of the
Brazilian penitentiary system as
a baseline for the prohibition or
legalization of drugs**

Lilian Rose Lemos Rocha

José Eduardo Cardozo

Precariedade do sistema penitenciário brasileiro como base temática para a proibição ou legalização das drogas*

The precariousness of the Brazilian penitentiary system as a baseline for the prohibition or legalization of drugs

Lilian Rose Lemos Rocha**

José Eduardo Cardozo***

RESUMO

O presente artigo traz, em sua completude, descrições a respeito da eficiência do sistema penitenciário brasileiro, apresentando, por meio de perspectiva histórica, o surgimento das penas privativas de liberdade até a situação atual do país. Debate-se, ao decorrer do texto, a respeito da razão de existência das sanções penais e de sistemas prisionais, argumentando-se sobre as condições psicológicas e humanísticas dos integrantes da população carcerária. O Brasil encontra-se em um ciclo ininterrupto e crescente da cultura judicial de não adoção de meios alternativos de penalizações, especialmente, quando é nítida a adoção de preconceito racial e socioeconômico pelos magistrados. Os indicadores do sistema carcerário brasileiro apontam eminente colapso no arranjo penitenciário do país, ainda assim, seguindo uma marcha de insensatez, a corte não modifica a metodologia utilizada e as políticas adotadas, com o intuito de atrair aplausos da sociedade e de importante órgãos de comunicação, iludindo-se, e aos demais, com a ideologia de que a prisão é o remédio para todos os males. A metodologia utilizada é a descritiva, buscando-se analisar dados quantitativos e qualitativos para o desenvolvimento da pesquisa. Conclui-se que é indispensável a discussão de um novo modelo, debatido com o auxílio de uma análise global do problema, que não adote mascaramentos ou posturas hipócritas, mas sim, fundamentado em razoabilidade e energia intelectual suficiente para que se modifique o senso comum da sociedade.

Palavras-chave: Sistema penitenciário. Penas privativas de liberdade. Cárcere. Drogas. Descriminalização.

ABSTRACT

The present article brings an overall discussion about the efficiency of the Brazilian penitentiary system, developing in historical perspective, the creation of the custodial sentences until the current context of the country. Along the text, there are debates about the reason of existence of the penal sanctions and the prison system, showing arguments about the psycholo-

* Recebido em 08/05/2017
Aprovado em 07/07/2017

** Membro do CBEC (Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais) - UniCEUB, Professor da Pós-Graduação em Direito do UniCEUB, Mestre em Direito Civil - PUC/SP, Ex-Ministro de Estado da Justiça e Advogado Geral da União. Coordenadora Acadêmica do CBEC (Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais) - UniCEUB, Coordenadora da Pós-Graduação em Direito do UniCEUB, Doutora em Ciências e Tecnologias na Saúde - UNB, Mestre em Desenvolvimento Sustentável - UNB. E-mail: lilian.rocha@uniceub.br.

*** Membro do CBEC (Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais) - UniCEUB, Professor da Pós-Graduação em Direito do UniCEUB, Mestre em Direito Civil - PUC/SP, Ex-Ministro de Estado da Justiça e Advogado Geral da União. E-mail: iagolora@outlook.com.

gical and humanistic conditions of the members of prison population. Brazil is found in an interrupt and crescent cycle of the judicial culture of non-adherence of alternative means of penalizations, especially, when it's clear the social and racial prejudice behavior of the magistrates. The indicators of the Brazilian penitentiary system show eminent collapse in the prison system arrangement, still pursuing a route of nonsense, the court doesn't modify the methodology used, with the intuit of attracting applauses from the society and the important institutions of communication, deluding themselves and the rest, that the prison is the medicine for all the evils. The used methodology is descriptive, seeking for an analysis of quantitative and qualitative data for the development of the research. At last, it is indispensable the discussion of a new model, debated with assessment of a global analysis of the problem, that doesn't adopt masking or hypocrite postures, but is based in reasonability and sufficient intellectual energy to modify the common sense of the Brazilian society.

Keywords: Prison system. Custodial sentences. Prison. Drugs. Decriminalization.

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Em seu *Vida e História*, afirmou Gregório Maranón que “*sin libertad, la vida toda no vale la pena de ser vivida*”¹³. Apesar disso, a supressão da liberdade, como uma forma direta de sanção aplicada à prática de delitos ou a ela de algum modo associada, parece ser “tão antiga como a memória do homem”. De fato, durante toda a evolução verificada ao longo da história da humanidade, a verdade é que se pode dizer que nunca as sociedades chegaram a abdicar da aplicação de medidas restritivas de liberdade, seja enquanto sanções penais propriamente ditas, seja como meios instrumentais necessários à aplicação de outras penalidades.

É fato que, durante a Antiguidade e uma boa parte da Idade Média, a restrição da liberdade não era concebida como uma espécie de sanção penal. Assumiam esse papel, a pena de morte, as penas corporais (o açoite, as mutilações, a amputação de membros do corpo, como braços, mãos, pernas, o furar de olhos e o cortar da língua), o trabalho forçado e outras formas de penas “infamantes”.

Apesar do papel secundário, a restrição à liberdade não deixou de existir ao longo daquele período da história humana. Cumpria, porém, uma dupla função. De um lado, acabava sendo realizada como uma necessária forma de garantia para a aplicação de outras penalidades. De outro, também existia como uma forma de viabilizar a aplicação de diferentes formas de tortura sobre acusados, ao longo da “instrução probatória” de um julgamento, na busca da revelação da “verdade” sobre os fatos apurados.

Inicialmente, ao longo de todo o período histórico em referência, o mais comum era que as medidas de restrição à liberdade fossem executadas pelo atar ou agrilhoar dos condenados pelas mãos, pelos pés ou pelo pescoço. Posteriormente, tornou-se comum a prática do aprisionamento².

A partir do século XVI, porém, os métodos punitivos, de forma gradual e lenta, foram sofrendo profundas mudanças. As penas físicas foram substituídas por outras formas punitivas, de modo que, ao final, a “prisão-sanção” viesse a assumir um papel predominante, em detrimento até de outras modalidades punitivas acolhidas no período³.

De medida meramente instrumental destinada à aplicação de outras sanções ou à instrução de um julga-

1 GIACOIA, Gilberto; HAMMERSCHIMIDT, Denise. *La Cárcel en España, Portugal e Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 27

2 GIACOIA, Gilberto; HAMMERSCHIMIDT, Denise. *La Cárcel en España, Portugal e Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012.

3 Uma das sanções penais muito utilizadas no século XVI foi a pena de *galés* que, naturalmente, não deixa de ser uma forma de prisão. Por ela, prisioneiros de guerra e condenados por delitos graves eram destinados como escravos para servirem em embarcações militares, onde eram acorrentados e oram obrigados a remar, sob ameaça de serem açoitados. Há registros de que diversos países, como Inglaterra, França, Espanha, Veneza, Gênova, Nápolis teriam mantido esta pena até o século XVIII. CALÓN, Cuello. *La moderna penología*. In: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

mento, a restrição à liberdade passou a assumir o papel de autêntica sanção penal.

É comum que se indague, em sede doutrinária, sobre as razões históricas que teriam determinado, a partir do último período da Idade Média, essa alteração do *modus* punitivo. E as respostas têm sido controversas.

De fato, muitos afirmam que uma crescente compreensão valorativa e humanista do caráter bárbaro e excessivo de algumas penas, como, por exemplo, as penas de morte ou as de mutilação de órgãos, teriam contribuído para a busca de outras formas punitivas, mais brandas. O nascimento do encarceramento como pena, assim, teria se dado nesse contexto, ou seja, como uma evolução natural do pensamento humanista.

Os estudiosos, todavia, divergem acerca das razões diretas que teriam alicerçado essa “evolução” do pensamento humanista na aplicação das sanções penais. Para Kauffmann, por exemplo, a pena privativa da liberdade teria origem no pensamento calvinista cristão, passando a ser um produto de uma sociedade que almejava se orientar pela busca da felicidade.⁴ Já para outros, a influência da Igreja Católica e do próprio Direito Canônico, teria sido decisiva para isso. A prisão eclesiástica, destinada a clérigos infratores para a sua penitência e meditação, seria um importante antecedente histórico da prisão-sanção a ser *a posteriori* instituída. E, nessa perspectiva, também o Direito Canônico assumiria um papel de relevância a respeito, na medida em que teria induzido as primeiras ideias sobre a recuperação de delinquentes a partir das próprias *penitências* que estabelecia para os clérigos. Disto, aliás, resultaria a própria origem da palavra “*penitenciária*”, hoje utilizada, dente nós, para indicar edifícios destinados à reclusão de criminosos⁵.

Aliás, nessa perspectiva, tem sido comum e acertada a referência à clássica obra de Cesare Bonesana Beccaria (Marquês de Beccaria), *Dei Delitti e Delle Pene*, datada da segunda metade do século XVIII (1764), como um grande marco do registro evolutivo dessa mudança do pensamento em relação a como devem ser aplicadas e executadas as sanções penais. É expressiva, a respeito, a passagem da obra de Beccaria quando afirma que a demonstração da contrariedade à justiça dos castigos cruéis por si só demonstra a sua natureza revoltante e contrária ao pacto de convivência social. Assim, deixa de necessitar a comprovação de direta oposição ao bem público e ao seu fim atribuídos, ilustrando o apreço da filosofia pela virtude ligada ao governo entre homens livres em detrimento aos homens subordinados ao sistema de crueldade⁶. Essa obra clássica seria, para alguns, uma demonstração da evolução *per se* do pensamento humano, ou seja, uma prova do aprimoramento de uma ética penal no âmbito do “mundo das ideias”.

Embora não se possa desconhecer a influência que essa nova compreensão axiológica e jurídica dos delitos e das penas acabou por ter, a partir do século XVI, na alteração dos métodos punitivos, outras razões parecem ter determinado ou influenciado fortemente essa mudança. Deveras, segundo alguns estudiosos, o fator decisivo para a intensificação da aplicação do aprisionamento como sanção não teria sido, exclusivamente, o nascimento de uma compreensão ética ou humanista contraposta à aplicação de penas bárbaras ou brutais, afirmada com base na concepção de que existiriam direitos que deveriam ser garantidos a todos por força de leis naturais impostas por Deus ou reveladas pela razão humana. Ao contrário: as razões que teriam determinado essa mudança teriam uma clara origem econômica e política.

Com efeito, não se pode desconhecer que a escassez de mão de obra e a necessidade de trabalho, notadamente nos séculos XVI e XVII, causadas pelas guerras, pelo desenvolvimento da vida urbana, pela crise do sistema feudal e pelo florescimento da forma capitalista de produção, constituem uma realidade histórica. E, segundo apontado por estudiosos, essa nova realidade apontava a impropriedade da manutenção de sistemas que estabeleciam a aplicação de sanções físicas ou da pena capital. Nada que pudesse inviabilizar a boa execução ou o livre curso da utilização da força de trabalho ou de guerra em favor dos que detinham os meios de produção ou o poder do Estado absolutista, em um momento agudo de falta de mão de obra e bélica, podia ser entendido como economicamente adequado e, por conseguinte, como socialmente aceitável. As

4 KAUFMANN, Hilde. *Principios para la reforma de la ejecucion penal*. Buenos Aires: Depalma, 1977.

5 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

6 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Moraes, 2001. E-book.

penas físicas se chocavam contra as necessidades econômicas e políticas da época. O período histórico de XV a XVIII, percebido como “período de transição”, é de importância para o desenvolvimento cronológico da Teoria da Pena, tendo em vista o crescente número de desafortunados e, por consequência, o número de delinquentes, ao mesmo tempo em que o direito penal passa a ser utilizado em grande amplitude como instrumento de segregação social e trabalho forçado.⁷

Prova disso, está na adoção das *galés* como sanção penal durante os séculos XVI e XVII, por diversos países⁸. Sem sombra de dúvida, essa modalidade sancionatória possui a reconhecida condição de ser uma das mais cruéis e negadoras de qualquer valor “ético-humanista”. Por óbvio, seu acolhimento não se dava, então, por uma “evolução do pensamento penal”, na busca da construção de uma nova realidade axiológica ditada pelo reconhecimento aos direitos próprios de qualquer ser humano. Na verdade, sua adoção se prendia ao atendimento direto de necessidades econômicas e políticas do período. Se, por um lado, impunha, de fato, um efeito punitivo, de outro propiciava uma eficiente forma de “exploração gratuita da atividade humana”, como observou Daniel Sueiro⁹. Anteriormente a esse período, não se concebia a punição de um crime pela privação da liberdade, a custódia do condenado possuía como única função realizar a guarda do corpo para que, posteriormente, sofresse a pena, que, em sua maioria, era de morte ou mutilação.¹⁰

Nessa perspectiva, coloca-se como importante fazer referência a alguns estudos cuidadosos, como o elaborado por Melossi e Pavarini, que demonstram que o nascimento das primeiras prisões para o cumprimento da restrição de liberdade como sanção não se deu pelo atendimento a “valores humanistas”. Demonstrou-se, ao revés, que as primeiras prisões nasceram de experiências de “casas de trabalho” e de “correção de delinquentes” instituídas na Inglaterra e na Holanda, voltadas a autores de pequenos delitos, e que não passaram de ser novas formas de segregação punitiva destinadas a atender mais a exigências do desenvolvimento geral da sociedade capitalista do que à genialidade individual de algum reformador.¹¹ De fato, por elas, se evitava o desperdício de mão de obra e se estabelecia o seu controle, regulando a sua utilização de acordo com a necessidade do capital.

Desse modo, afirmam Melossi e Pavarini, antes da chegada do sistema capitalista de produção, não existia o cárcere como forma de execução da pena propriamente dita. Somente com a aparição desse modo de produção que “a liberdade adquiriu um valor econômico”¹². Em meio à pobreza generalizada, a morte deixou de ser a solução mais adequada, no sentido de que a aplicação a todos os condenados reduziria, consideravelmente, a população, por outro lado, entendeu-se que esses delinquentes poderiam ser aproveitados como mão de obra gratuita, portanto, a ideia de prisão surge em razão da necessidade do regime econômico capitalista como forma de controle social da classe dominante sobre a classe dominada.¹³

Há que se observar, assim, que o nascimento de uma visão humanitária da aplicação e da execução da sanção penal, aparentemente, teria “coincido” com as necessidades econômicas de uma nascente sociedade capitalista. É, aliás, o que afirmam, dentre tantos, Georg Rusche e Otto Kirchheimer¹⁴.

Contudo, não nos parece que se trata, propriamente, de uma “coincidência”, ao menos no sentido habitualmente dado a palavra, em Língua Portuguesa, de “acaso” ou de “concomitância acidental de dois

7 CALDEIRA, Felipe M. A evolução histórica, filosófica e teórica da pena. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, p. 255-272, 2009.

8 V. nota 4, *supra*.

9 SUEIRO, Daniel. *La pena de muerte*. Madrid: Alianza Alfaguara, 1974.

10 CALDEIRA, Felipe M. A evolução histórica, filosófica e teórica da pena. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, p. 255-272, 2009.

11 MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Carcel y fabrica: los orígenes del sistema penitenciário: siglos XVI-XIX*. 2. ed. Cidade do México: Siglo veinte uno editores, 1985.

12 MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Carcel y fabrica: los orígenes del sistema penitenciário: siglos XVI-XIX*. 2. ed. Cidade do México: Siglo veinte uno editores, 1985.

13 CALDEIRA, Felipe M. A evolução histórica, filosófica e teórica da pena. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, p. 255-272, 2009.

14 RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Bogotá: Temis, 1984.

fenômenos que ocorrem simultaneamente”. O desenvolvimento das ideias humanas guarda uma relação dialética e, por isso, dinâmica com o desenvolvimento das relações humanas. As realidades problemáticas no âmbito social provocam reflexões sobre elas; e os modelos formulados no mundo das ideias implicam ações objetivas por parte daqueles que se apoderaram dos resultados dessas reflexões. Com isso, as transformações sociais, sempre, são acompanhadas de transformações no plano das ideias, enquanto as novas concepções, sempre, alicerçam mudanças no plano da realidade social. A interação entre os dois planos (o do pensamento e o da realidade objetiva) guarda, sempre, uma intrínseca e dinâmica correlação histórica. E em tal dimensão de interação dialética que, diga-se, até mesmo falar-se em dois planos (o das ideias e o da realidade) pode parecer uma abstração excessiva. Deveras, em qualquer processo transformador das relações sociais, apenas, haverá um plano: o da *praxis* histórica. Nele, a realidade pensada e a realidade socialmente vivida guardarão, sempre, uma indissociável e intrínseca relação recíproca de causa e efeito.

Dentro desse contexto histórico de transformações se afirmou, assim, a prisão como uma sanção penal, passando a ser acolhida pelos sistemas penais de todo o mundo moderno. Em tese, uma forma mais humanitária de execução de sanções penais. Na prática, uma realidade que atendia às necessidades econômicas e aos valores que se afirmavam a partir da nascente sociedade capitalista que emergia das entranhas do agonizante sistema feudal.

2. A RAZÃO DE EXISTÊNCIA DE UM SISTEMA PRISIONAL: A UTILIDADE OU NÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DA LIBERDADE

Passados agora tantos anos da instituição da “prisão-sanção”, impõe-se, nos dias atuais, a necessidade de se saber se a adoção dessa forma punitiva deve ser vista como exitosa ou não, a partir da análise global da sua *eficácia* em face dos fins a que se destina.

Por óbvio, qualquer análise sobre a eficácia ou não de uma sanção penal exigirá, sempre, uma tomada de posição sobre a *raison d'être* da sua própria existência. Somente a averiguação comparativa entre aquilo que efetivamente propicia enquanto resultado *in concreto* da sua aplicação e aquilo que se pretendia com a sua instituição poderá nos conduzir a uma avaliação segura a respeito. Para que existem as sanções penais? Por que as sociedades as instituem? Quais são as suas finalidades?

Muito já se debateu e, ainda, se debate, a respeito. Pertence ao senso comum a ideia de que a razão de ser da instituição de sanções penais residiria no fato de que elas seriam um “mal” necessário que a alguém deve ser atribuído de forma organizada pelo Estado, em decorrência de ter praticado um ato reprovado pelo conjunto da sociedade, ou, em outras palavras, um ato ilícito. Nasce, assim, a ideia de que a sanção penal teria a dimensão de ser, apenas, a retribuição socialmente estabelecida para a realização de uma má conduta.

Desse modo, muitos consideram que a sanção penal deva ser entendida, apenas, como uma mera *retribuição* a uma conduta indevida. A essa concepção, nem sempre expressas sob os mesmos fundamentos, atribuem os penalistas o nome de *teorias retributivas ou absolutas da pena*¹⁵.

Todavia, por meio dos tempos, essa mera dimensão retributiva da pena foi superada. De fato, diante da prática de um ilícito, a mera “retribuição” parece algo pobre, ou mais propriamente, como uma resposta sem um significado social mais útil ou mais expressivo para a vida social. Reagir ao ilícito? Por quê? Para que? Apenas por uma razão “ética” ou “moral” que se transforma, ao ser firmada lei, em jurídica?

É evidente que qualquer sanção penal deve visar a algo maior que a simples retribuição a uma conduta indevida. Na verdade, ela não deve ser compreendida, apenas, como uma “vingança social” a quem ofende a sociedade, com o único objetivo de aplacar a ira da coletividade. Ao revés, ela deve ser compreendida

15 Como defensores desta teoria, dentre tanto outros, é comum dar-se destaque a Kant e Hegel.

como uma medida que existe para impedir que os atos delituosos se repitam. Ela existe para que não sejam tocados valores reputados pela sociedade como relevantes, a partir das concepções dominantes em um certo momento histórico.

A concepção meramente retributiva da sanção penal apresenta-se, portanto, como inconsistente e atrasada. Hoje, a despeito do senso comum que parece marchar em sentido oposto, prevalece, dentre os que se dedicam a estudar o tema, a concepção de que a sanção penal existe para “prevenir” a prática de novas ocorrências delituosas. As formulações teóricas que abarcam esse ponto de vista são, costumeiramente, denominadas de *teorias preventivas ou relativas da pena*.

Destarte, a soma das duas perspectivas, a retributiva e a preventiva, não se apresenta como estranha para a doutrina penalista. De fato, há os que defendem a sanção penal como sendo, ao mesmo tempo, uma *retribuição* a uma conduta indevida e uma medida voltada à prevenção da prática de ilícitos. São as chamadas *teorias mistas ou unificadoras*¹⁶.

Seja como for, a dimensão preventiva da pena não pode ser ignorada nos dias atuais. Todos os estudos a acolhem, de modo exclusivo ou associado a uma dimensão retributiva.

Note-se, todavia, que a concepção preventiva da sanção penal, embora remonte, em certa medida, à antiguidade, nunca foi sustentada a partir de uma visão uniforme. Sua elaboração, sempre, foi marcada, por meio dos tempos, por diferentes enfoques e ênfases. Em linhas gerais, pode-se afirmar que as concepções da pena como forma de prevenção de delitos têm sido elaboradas, ora com ênfase em uma *prevenção geral* que incidiria sobre todos os membros da sociedade, ora com enfoque em uma *prevenção especial* direcionada, apenas, à pessoa do delinquente.

Sustenta-se que a *prevenção geral* propiciada pela sanção penal se daria por meio da *intimidação*, da *ameaça*, ou do *medo* que causa no espírito humano a possibilidade da sua aplicação. Com isso, ela assumiria uma real dimensão *dissuasória* da prática delituosa (*prevenção geral negativa*¹⁷), ou então uma *mensagem de natureza pedagógica* expressa quanto ao fortalecimento dos valores tutelados pelas normas jurídico-penais (*prevenção geral positiva*)¹⁸. Já a *prevenção especial* seria propiciada pela ideia de que a pena teria por finalidade fazer com que o delinquente não volte mais a delinquir. Ela deve visar, assim, a sua *reeducação* ou *ressocialização* e, com isso, à *neutralização da sua periculosidade*¹⁹.

Feitas essas considerações, é importante que façamos, também, algumas observações sobre a pena restritiva da liberdade. Se for ela concebida em dimensão meramente “retributiva”, qualquer análise da sua eficácia, apenas, teria algum significado se viesse a levar em consideração o sistema punitivo como um todo, ou seja, se propiciasse a análise de que os delitos, ao ocorrerem, geram, de fato, a prisão do delinquente, sempre que devida. Analisar-se a eficácia retributiva das sanções prisionais apenas pela consideração fática e objetiva de se saber se quando apurado e sentenciado um delito, as prisões são, de fato, executadas, teria pouca relevância. Levando em consideração que, em uma dada ordem jurídica, delitos são praticados, investigados e sentenciados e as penas não são executadas, o que se deve ter por *inefcaz* não é propriamente o *modus* sancionatório considerado, mas o próprio sistema penal estabelecido.

Por isso, para quem considere a sanção restritiva da liberdade como uma mera retribuição à prática de um ilícito, a avaliação da sua eficácia ou não deve ser associada, diretamente, à análise da *eficácia do próprio sistema penal global* em que se insere. A prisão, enquanto pena, deverá ser analisada como uma medida sancionatória eficaz, se o sistema penal propiciar, como regra, a investigação, o sentenciamento e a execução das prisões legalmente previstas. Por óbvio, será inefcaz, na proporção em que o sistema venha a claudicar no seu fun-

16 Atribui-se a Merkel a formulação inicial desta visão.

17 São constantemente lembrados como defensores desta visão *geral preventiva negativa* da pena, ao lado de muitos outros, Beccaria, Bentham e Feuerbach.

18 Como defensores desta visão devem ser lembrados os nomes de Mayer e Mezger.

19 Aqui são sempre lembrados os pensamentos de Von Liszt e Marc Ancel.

cionamento global, por possuir problemas em quaisquer das suas etapas operacionais.

O mesmo não acontecerá, todavia, se adotarmos, em alguma dimensão a tese de que a sanção penal deve ser considerada, sempre, como uma forma de *prevenção* de delitos. Nesse caso, será necessário estudar o nexos causal que possa existir entre prisões e práticas delituosas, seja do ponto de vista global da sociedade, seja, especificamente, em relação àqueles que foram submetidos às penas restritivas da sua liberdade.

E é para quem acolhe essa última dimensão que, em todo o mundo, tem se acentuado a descrença em relação a real eficácia das sanções restritivas da liberdade. Diversos estudos demonstram que as prisões não só não conseguem inibir, pela sua dimensão coercitiva, a prática de delitos, como também que não têm sido instrumentos hábeis para propiciar a reabilitação ou a ressocialização de delinquentes.

Várias e complexas razões demonstram a validade dessa conclusão.

Em primeiro lugar, podemos afirmar que, em muitos países, existe uma real diferença entre o “*cárcere legal e o cárcere real*”²⁰. Tem sido frequente a existência de estabelecimentos prisionais ou de penitenciárias marcadas pela imposição de tratamentos desumanos e degradantes aos presos, em clara violação ao princípio, por muitos hoje sustentado como universal, da *dignidade da pessoa humana*. A própria Lei Fundamental já pressupõe a intangibilidade da dignidade da pessoa humana como direito inalienável e inviolável, no âmbito do constitucionalismo contemporâneo, todos os seres humanos nascem com livres e com igual direito à dignidade, é dever do estado tratar da proteção dos direitos fundamentais, acompanhado da condição de princípios estruturantes pois o ser humano encontra-se posto no centro da ordem estatal.²¹ Quando não se garante os direitos humanos a um ser humano, não se pode esperar que ele venha a agir de forma benevolente após o cumprimento de penas restritivas de liberdade que lhe foram impostas. Em tais circunstâncias, a possibilidade de reinserção social do preso e a probabilidade de que não volte a delinquir no futuro tendem a zero.

A própria doutrina brasileira consagra a dignidade humana como base dos princípios constitucionais, em sentido que os fins nelas abrigados alcançam valoração e sentido das normas jurídicas, inclusive, como fundamentação para mudança jurisprudencial do STF, a própria noção de dignidade serve de parâmetro para ponderação em caso de concorrência entre direitos fundamentais.²²

Aliás, serão sempre atuais as palavras de Fiódor Dostoiévski, talhadas, magistralmente, ainda no século XIX, ao registrar na sua célebre *Recordação da Casa dos Mortos* que:

O homem, por mais degradado que seja, exige um instintivo respeito pela sua dignidade. Todo o condenado sabe muito bem que é um prisioneiro, que é um réprobo, e conhece a distância que o separa dos seus superiores; porém nem o castigo, nem as grilhetas lhe fazem esquecer que é homem. Cumpre por isso tratá-lo humanamente Santo Deus... um tratamento humano pode erguer aquele mesmo de cuja consciência a imagem divina haja desaparecido há muito. É com os ‘desgraçados’, sobretudo, que é preciso agir humanamente: depende disso a sua regeneração e a sua alegria.²³

Em segundo lugar, porque, mesmo em sistemas penitenciários em que a qualidade dos cárceres é considerada boa ou mesmo aceitável, os índices de recuperação de condenados, em regra, não são considerados satisfatórios. Vários fatores são apontados como responsáveis para que isso ocorra.

Um dos fatores muito lembrados é o *psicológico*. O encarceramento produz não somente efeitos negativos sobre o conceito que a pessoa tem de si própria, mas também pode agravar outros aspectos problemáticos

20 BEIRAS, Iñaki Rivera. *La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008. v 2. p. 2

21 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

22 BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2017.

23 DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Recordações da casa dos mortos*. Tradução: A. Augusto dos Santos. Edição eletrônica: Centaur Editions. 2014. E-book.

da sua personalidade. A própria ruptura de laços familiares e sociais, a imersão em uma vida que se processa fora dos parâmetros sociais e culturais comuns, agravada pela abstinência sexual, as drogas e a existência de situações de violência ou ameaças incorporadas ao cotidiano, atingem a personalidade dos condenados, propiciando ou agravando desvios de conduta. Aliás, a alta incidência de transtornos psicopáticos (sexuais, insegurança, entre outros), de crises depressivas, de insônia, e de outros males psicológicos, bem como da elevada taxa de suicídios em estabelecimentos penais, se apresentam como fatos irretorquíveis que, apenas, comprovam essa triste realidade²⁴.

Desse modo, quando vier a cumprir a sua pena restritiva de liberdade, o ex-condenado terá condições psicológicas e humanas, provavelmente, muito piores das que possuía quando foi encarcerado.

Outro fator diz respeito à dificuldade que passam a ter as pessoas que cumprem penas privativas de liberdade de se readaptarem ao convívio social normal, após o cumprimento das suas penas. Além do preconceito e da discriminação a que estão submetidos quando ganham de volta a liberdade, os egressos do sistema penitenciário encontram uma acentuada dificuldade de se adaptar ao *modus vivendi* ditado pela vida social que corre fora das grades. Nos cárceres, existe uma dinâmica de vida própria, com valores e regras que chegam a propiciar uma “*aculturação*” do preso a parâmetros de vida opostos ao que existem na sociedade livre. Chega-se mesmo a falar na existência de uma *subcultura carcerária* que “surge e se mantém” para anular ou diminuir “o efeito das privações da vida na prisão”, decorrentes da própria “privação de liberdade, do contato com o exterior, das propriedades, das relações heterossexuais”, propiciando “um novo marco de referência que possa dar sentido a tais condições de vida”²⁵.

A introjeção dessa *subcultura carcerária*, formada por valores e regras distintas daquelas que existem na sociedade livre, em larga medida, incapacita ou traz óbices difíceis de serem superados pelo preso, no momento em que, livre, se apresenta o desafio da sua readaptação ao convívio social. E no momento em que a sociedade, pelo preconceito e pela discriminação, decreta a sua exclusão do normal convívio social, embora fisicamente liberto das grades, o ex-presidiário, no seu interior, na sua vida valorativa, na compreensão das regras que devem governar suas condutas e na sua própria *psique*, continuará a viver aprisionado. Ele sairá da prisão; mas a prisão não sairá dele.

Por isso, afirmam os estudiosos que “a segregação da pessoa do entorno social conduz a um desajuste tão profundo que é quase impossível” a “reinserção social” daquele que foi condenado ao cumprimento de uma pena privativa da sua liberdade²⁶.

Finalmente, um último aspecto merece ser aqui considerado. Diz ele respeito à convivência do preso com outros delinquentes de maior potencial delitivo. Penitenciárias e presídios, frequentemente, são escolas de criminalidade. A desesperança, a insegurança, a falta de alegria e de motivação para a vida tornam os internos presas fáceis para organizações criminosas que atuam dentro dessas unidades prisionais. Tradicionalmente, essas organizações nascem como verdadeiras “associações” de integrantes da população carcerária, constituídas a partir da necessidade da construção de vínculos que superem o isolamento individual, a insegurança e o medo, e assegurem a necessidade de sobrevivência física e a defesa de direitos, em substituição ao rompimento de vínculos com o mundo exterior. E passam a atuar, muitas vezes, não só dentro das unidades prisionais, mas também do lado de fora, valendo-se de ex-condenados, de familiares ou de outros cooptados, sendo responsáveis por elevados níveis de violência e de criminalidade.

Por isso, na grande maioria dos casos, aqueles que adentram aos cárceres como simples delinquentes individuais, neles se transformam em perigosos delinquentes organizados, com muito maior periculosidade e com potencial destrutivo muito maior dos valores sociais e da própria segurança pública.

24 BITENCOURT, Cezar Roberto. A crise da pena privativa de liberdade. *Revista MPRS*, Porto Alegre, n. 31, p. 199-201, 1994.

25 BERGALLI, Roberto (Org.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003. p. 398-399.

26 GIACOIA, Gilberto; HAMMERSCHIMIDT, Denise. *La Cárcel en España, Portugal e Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 95.

Pode-se, portanto, concluir que a ressocialização de pessoas que não foram presas, por força dessa realidade apresenta-se como muito mais fácil do que a que se pretende realizar em relação a delinquentes que cumpriram penas restritivas da liberdade. Estudos demonstram que “quem não reincide depois da prisão é porque não reincidiria sem ela”, da mesma forma que muitos que voltam a delinquir “somente o fazem por terem passado pela prisão”. Por outro lado, “investigações sérias e profundas como notícia a professora Lola Aniyar, dão conta de que nos regimes abertos de execução da pena as taxas de reincidência são insignificantes”²⁷.

Cresce, por tudo isso, a descrença na sanção restritiva da liberdade. Com efeito, ressalvados alguns casos extremos, em que se tem por indubitado que o afastamento de alguém do convívio social é imprescindível e estritamente necessário, a aplicação de penas restritivas da liberdade a autores de práticas delituosas revela-se como uma medida penal inteiramente desaconselhável. De fato, se não aplicada dentro de uma dimensão. Absolutamente excepcional, ela pode trazer mais prejuízos do que benefícios à vida social.

Desse modo, longe do senso comum, e levando-se em conta, apenas, o que é melhor para a vida social, podemos afirmar que acolher-se a sanção restritiva da liberdade como uma “regra” aplicável, na maior parte dos atos de delinquência, ultrapassa o limite de ser, apenas, um equívoco grave e assume a dimensão de ser uma absoluta estupidez²⁸.

3. O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: OS INDICADORES DE UMA SITUAÇÃO DESASTROSA

Mesmo que ignorássemos as considerações feitas acima acerca das sanções restritivas da liberdade, qualquer análise que possa ser feita do sistema penitenciário brasileiro indica a existência de uma situação, absolutamente, desastrosa e abusiva. Desastrosa, na perspectiva da existência de um sistema anacrônico, de matizes medievais, sem condições estruturais básicas para atendimento das regras constitucionais ou dos direitos fundamentais dos presos. Abusiva porque o simples ingresso de um apenado em um cárcere desse sistema, ressalvadas algumas situações excepcionais que felizmente ainda podem ser encontradas, já indica que a possibilidade será quase total de que venha a ser submetidos a atos de violência a ameaças, a cooptação por organizações criminosas, a contraírem doenças e a não receberem qualquer ação efetiva que pudesse implicar a sua futura reinserção social.

De fato, a situação do sistema prisional brasileiro é trágica. Passemos a uma rápida síntese, apresentada em tópicos, dos dados disponíveis²⁹, para que a seguir possamos analisá-los, brevemente, e apontarmos algumas conclusões:

I. Em dezembro de 2014, o Brasil havia ultrapassado a marca de 622.202 pessoas privadas de liberdade em estabelecimentos penais³⁰, chegando a uma taxa de mais de 300 presos para cada 100 mil habitantes, enquanto a taxa mundial de aprisionamento situa-se no patamar de 144 presos por 100.000 habitantes³¹. Nosso país é, desse modo, *o quarto país do mundo em número absoluto de presos* (situa-se atrás dos Estados Unidos, China

27 GIACOIA, Gilberto; HAMMERSCHIMIDT, Denise. *La Cárcel en España, Portugal e Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 90.

28 Importante observar que a Teoria Agnóstica da pena revela a insuficiência das teorias justificadoras da pena (tanto retributivas como preventivas), já que historicamente se demonstraram incapazes de atender às justificações que preconizam, restando, como tarefa científica e racional, à análise da pena pelas consequências que produz e, portanto, tratar de limitar o poder punitivo estatal face os já mencionados impactos da pena tanto individual, como socialmente. A respeito: BATISTA, Nilo et al. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas: a Perda de Legitimidade do Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

29 Os dados referidos constam da publicação oficial feita pelo Ministério da Justiça do Brasil (Departamento Penitenciário Nacional), a partir do sistema Infopen, em dezembro de 2014.

30 O total de 622.202 presos é assim divide: 584.758 no sistema penitenciário estadual; 37.444 em carceragens de delegacia de polícia; e 397 no sistema penitenciário federal.

31 Cf. dados da ICPS- *International Centre for Prison Studies* (citado pela publicação referida MJ/DEPEN).

e Rússia), e a *sexta taxa mundial de presos por 100 mil habitantes* (situando-se atrás dos Estados Unidos, Cuba, Tailândia, Rússia e Ruanda) ³²;

II. Enquanto os Estados Unidos, a China e a Rússia estão reduzindo as suas respectivas taxas de encarceramento nos últimos anos, o Brasil segue em trajetória diametralmente oposta, aumentando a sua população prisional, em torno de 7% ao ano. Note-se, ainda, que o ritmo de crescimento dessa taxa para mulheres é ainda maior, chegando à ordem de 10, 7% ao ano. Em razão disso, podemos observar que:

a) se, na década de noventa, o país tinha 90.000 presos, em um intervalo de menos de 25 anos³³, o país multiplicou em 6 vezes, aproximadamente, a sua população carcerária;

b) se considerarmos os últimos 14 anos, a população do nosso sistema penitenciário aumentou em 167,34%, em padrão muito superior ao crescimento populacional verificado no mesmo período;

III. O crescimento da população prisional brasileira, nas últimas décadas, é fruto, fundamentalmente, da elevação de taxas de presos provisórios e de prisões relacionadas ao tráfico de drogas. Embora existam países com percentual maior de presos provisórios (O Brasil ocupa a 38ª posição entre os países com mais de 10 milhões de habitantes), temos que cerca de 40% da nossa população carcerária se encontra nessa condição (cerca de 250 mil pessoas³⁴). Note-se, ainda, que cerca de 37% dos réus que respondem a processos presos, provisoriamente, acabam não sendo condenados a penas privativas de liberdade;

IV. Para o mencionado total de mais de 622 mil presos, temos em todo o sistema nacional a disponibilidade de apenas 371.884 vagas, o que qualifica um déficit da ordem de 250.318 vagas, e uma taxa de ocupação de 167%. Observe-se, assim, que:

a) o déficit de vagas praticamente equivale ao número de presos provisórios existente no país³⁵;

b) para atender a demanda, o país necessita aumentar em 50% o número de vagas hoje existentes em todo o sistema penitenciário nacional;

V. Ao longo do segundo semestre de 2014, entraram no sistema penitenciário nacional 279.912 pessoas, tendo dele saído 199.100 no mesmo período. Se for considerada quantidade de pessoas que estavam presas em dezembro de 2013 (581.507) e as pessoas que foram presas ao longo do primeiro semestre de 2014 (155.821), é possível afirmar que ao menos 1 milhão de pessoas passou pelos cárceres brasileiros ao longo do ano de 2014;

VI. De acordo com os índices de práticas delituosas, indiscutivelmente, a elevação da população carcerária não tem implicado a redução de crimes violentos;

VII. A maior parte da população carcerária brasileira é formada por jovens (55,07% da população presa tem até 29 anos), negros (61,7% da população presa), e com precário acesso à educação (apenas 9,5% concluíram o ensino médio, enquanto a média nacional se situa em torno de 32%);

VIII. Os crimes de roubo e tráfico de entorpecentes, somados, respondem por mais de 50% das sentenças das pessoas condenadas à prisão. A prisão por tráfico de drogas é reputada como “muito provavelmente a principal responsável pelo aumento das taxas de encarceramento do país e que compõe o maior número de pessoas presas”³⁶. Observe-se, ainda, que a população prisional feminina é “notoriamente marcada por condenações por crimes de drogas, categoria composta por tráfico de drogas e associação para o tráfico.

32 Interessante análise comparativa pode ser feita com a Índia. Esse país tem 1,2 bilhão de habitantes, ou seja, praticamente seis vezes a população que temos no Brasil. Apesar disso, possui cerca de 200 mil presos a menos em relação ao total da população carcerária brasileira.

33 Os dados citados são de 2014.

34 O número é de 249.668 presos.

35 A relação é de 249.668 presos provisórios para 250.318 do déficit de vagas.

36 Cf. afirmação contida à p. 33 da publicação oficial feita pelo Ministério da Justiça do Brasil (Departamento Penitenciário Nacional), a partir do sistema Infopen, em dezembro de 2014.

Responsáveis por 64% das penas das mulheres presas, essa parcela é bem maior que entre o total de pessoas presas, de 28%³⁷;

IX. As pessoas privadas de liberdade têm, em média, uma chance 28 vezes maior do que a população em geral de contrair tuberculose. A cada 100 pessoas presas em dezembro de 2014, 1,3 eram portadoras de HIV; “0,5% possuía sífilis; 0,6% hepatite; 0,9% tuberculose; e 0,5% possuíam outras doenças;

X. Em 12 Estados brasileiros, nenhuma pessoa presa que tenha deficiência física está alocada em vaga compatível com a sua condição;

XI. Em 2014, apenas 13% da população prisional participava de alguma atividade educacional, formal ou não, sendo que 51% dos presos matriculados se concentram no ensino fundamental;

XII. Embora o trabalho seja um direito do preso (art. 41, II, da Lei de Execução Penal) apenas 20% do total da população prisional brasileira trabalha. Mais da metade das vagas de trabalho ocupadas (cerca de 55%) “foram obtidas por meios próprios pelas pessoas privadas de liberdade ou se prestam ao apoio de atividades internas nos estabelecimentos, o que não denota, nesta fração, propriamente uma política de provisão de vagas de trabalho para o custodiado”³⁸. O referido apoio às atividades internas (limpeza, alimentação, atividades de escritório, lavanderia, conservação etc.) é realizado por cerca de 40 mil presos, o que reduz o deficit de funcionários do sistema penitenciário e impede que o seu custo geral seja muito maior;

XIII. Em relação ao trabalho dos presos, 38% dos presos que trabalham não recebem remuneração. Já 37,17% recebem menos do que $\frac{3}{4}$ do salário mínimo mensal, 19,87% recebem entre $\frac{3}{4}$ e 1 salário mínimo mensal. Em condição mais “privilegiada”, estão 4,71% que recebem entre 1 e 2 salários mínimos mensais e 0,19% que recebem mais que 2 salários mínimos mensais.

Esses números e essas informações oficiais falam por si próprios. Em um momento em que o mundo questiona e discute a impropriedade da aplicação das sanções restritivas de liberdade, e toma medidas para reduzir a sua população carcerária, o Brasil segue um caminho diametralmente oposto. O aumento da população carcerária é vertiginoso e tudo indica que continuará a ser. A maioria das prisões tem um claro corte de classe e racista, atingindo, frontalmente, os mais jovens. O deficit de vagas é imenso, as condições carcerárias são totalmente incompatíveis com qualquer perspectiva de recuperação ou de reinserção social do preso. Em algumas unidades, presos são amontoados como animais, não tendo espaço mínimo sequer para dormir. Direitos humanos básicos, reconhecidos para todos os seres humanos, são escancaradamente desrespeitados. Nos cárceres não se estuda e, na maior parte das vezes, não se trabalha. Quando se trabalha, não há remuneração. Quando ela existe, seu valor é ínfimo. Doenças são contraídas ou não são tratadas. A ausência de assistência jurídica adequada ou de sistemas eficientes de controle de execução da pena gera arbítrios e ofensas a direitos. A violência e a cooptação dos presos por organizações criminosas de altíssima periculosidade são realidades notórias que a ninguém cabe desconhecer.

Além disso, o número de presos provisórios é assustador. Especialmente se levarmos em conta o fato de que 37% dessas pessoas presas são *a posteriori* inocentadas. Passam meses ou anos enjaulados, em autênticas masmorras medievais, para que, ao final, sejam tidos como inocentes ou não sujeitos a uma sanção penal. Tiveram suas vidas destruídas, suas famílias desestruturadas, seu equilíbrio psicológico perturbado, sua saúde comprometida, sem uma razão real de ser. Para que e por quê? Para que recebessem uma retribuição penal que, mais tarde, se demonstrou que não era devida? Para que fossem reeducados ou reinseridos em uma sociedade, por meio de um sistema que, comprovadamente, não reeduca nem reinsere, quando não precisavam ser reeducados ou reinseridos? Para que a sociedade gaste milhões e mais milhões de reais mantendo-os presos, sem produzir nada, sem aprender nada, em vez de utilizar esses recursos para construir escolas e hospitais?

37 V. publicação referida na nota anterior, p. 40.

38 V. publicação referida na nota 32, p. 63.

A existência de um deficit de vagas exige que mais dinheiro público seja investido na construção de unidades prisionais e no seu posterior custeio. As populações urbanas rejeitam com ferocidade a construção de presídios ou de cadeias públicas perto das suas casas. São obras públicas que não só não geram ganhos eleitorais aos políticos, mas, ainda, fazem com que venham a perder votos nas eleições. Falta dinheiro para construir novas unidades. E, quando ele existe, falta vontade política para construí-las. A cada dia, porém, continuam a entrar mais condenados do que a sair do sistema. O ritmo das construções não acompanha, minimamente, o ritmo do crescimento do número de novos presos.

Não bastasse isso, condenados definitivamente ou presos provisórios formam um exército facilmente recrutável por poderosas organizações criminosas que se formam dentro das unidades prisionais. Essas organizações são, em larga medida, responsáveis pelo tráfico de drogas e de armas, e por práticas criminosas violentas que ocorrem dentro e fora do sistema prisional. Instaura-se, então, na área da segurança pública, a política da insanidade: prende-se, desenfreadamente, para se evitar a criminalidade, enquanto esse processo de aprisionamento crescente, em face da existência e da ação das organizações criminosas que atuam nos presídios, implica, diretamente, o aumento da criminalidade.

A situação é caótica e, a cada dia, esta parece se agravar ainda mais. Um mínimo de razoabilidade exigiria que governantes, legisladores, magistrados, membros do Ministério Público, defensores públicos e advogados, conjuntamente, pensassem uma saída para esta realidade. A saída, por óbvio, seria a busca à implementação imediata de outras alternativas penais, desestimulando-se com rapidez a condenação em penas privativas da liberdade e as prisões provisórias. Estas deveriam ser sempre limitadas a hipóteses excepcionabilíssimas, nas quais outros meios punitivos não fossem comprovadamente eficazes ou suficientes para a continuidade de praticas delituosas violentas ou altamente nocivas à sociedade.

Mas não é o que ocorre. Sob o frequente aplauso de grande parte da sociedade e de importantes órgãos de comunicação, operadores do direito, em todas as áreas parecem ver, na prisão, provisória ou definitiva, o remédio para todos os males. Em posições que revoltariam o próprio Marquês de Beccaria, com base em interpretações legais que vão muito além da *mens legis*, ou que se projetam, claramente, *contra legem*, têm sido solicitadas e concedidas, a torto e a direito, prisões preventivas. Age-se como se estas não fossem medidas cautelares excepcionais, mas como se fossem respostas retributivas imediatas a delitos ainda não julgados. Age-se como se fossem um caminho jurídico válido para que o cárcere exerça a necessária coerção para que suspeitos colaborem “voluntariamente” com investigações em curso. Novas interpretações jurisprudenciais, independentemente ou não do seu acerto a partir dos mandamentos constitucionais vigentes, não se voltam à agilização da prestação jurisdicional final em processos, mas à agilização da execução da pena, antes mesmo do seu trânsito em julgado.

Quando um crime de grande clamor social ocorre, já se pede a elevação da pena de prisão legalmente estabelecida, como se isso fosse barrar a ocorrência de novos fatos hediondos como aquele que horrorizou a opinião pública. Quando uma criança ou um adolescente é preso em um ato infracional, se pede a redução da maioria penal, mesmo que a constituição não permita, a psicologia e a pedagogia não recomendem, o direito comparado demonstra o equívoco da medida, o que revela, também, que o sistema prisional não tenham mínimas condições de suportá-la.

Está absolutamente disseminada entre nós a cultura do aprisionamento, inclusive, para nosso infortúnio, incorporada pela grande maioria dos nossos operadores do direito. Prende-se muito e prende-se mal. Prende-se dentro da lei e fora dela. Prende-se para a retribuição, às vezes indevida, e para propiciar a recuperação, quase sempre impossível. Prende-se sem que se examine, minimamente, consequência do aprisionamento. Prende-se, enfim, porque segundo o senso comum, prender é sempre o bom e é o único caminho para o enfrentamento dos atos de delinquência.

Não se pode, pois, tirar a razão de Goethe quando, mesmo sem conhecer a atual realidade da segurança pública brasileira e o nosso sistema prisional, afirmou que “não há nada mais terrível que uma ignorância ativa”.

4. DROGAS: PROIBIR OU LEGALIZAR?

Conforme já se demonstrou acima, em larga medida a população carcerária brasileira é composta por pessoas que são acusadas ou condenadas pela prática do tráfico de drogas.

A ninguém minimamente informado é dado desconhecer que a “guerra às drogas”, realizada com elevados custos financeiros em todo o mundo, não tem surtido o efeito desejado. O tráfico de drogas é um fenômeno mundial. Cresce a cada dia, gerando violência e consequências deletérias em todos os cantos do planeta.

O que fazer? Em um ponto, ao menos, os estudos técnicos e científicos, e a opinião pública mundial, parecem convergir: para o enfrentamento do problema das drogas, não é adequado que usuários de drogas ou dependentes químicos sejam tratados como delinquentes e submetidos a sanções penais de qualquer natureza, em especial as restritivas da liberdade. Devem ser acolhidos e tratados. Devem ser reinseridos na sociedade, sem sanções penais de qualquer natureza.

Apesar disso, e do que determina a nossa legislação em vigor, há, ainda, infelizmente, os que, por absoluta incompreensão do problema ou ignorância extremada, propõem que usuários de drogas sejam levados ao cárcere. Se a lei não o permite, criam-se interpretações para que sejam tipificados como traficantes e sofram o peso da sanção penal restritiva da liberdade.

Todos sabem que muitos dos “jovens traficantes” que estão nos cárceres brasileiros por serem “traficantes” não passam de meros usuários de drogas, muitas vezes com dependência química. Confunde-se, nesses casos, propositalmente, “o joio com o trigo”. Com isso, por razões ideológicas ou de uma compreensão distorcida da realidade, o *in dubio pro reo* é, frequentemente, derrotado pela “cultura do encarceramento”.

Há que se combater com contundência essa realidade, seja pelas fortes razões teóricas e jurídicas que a recriminam, seja mesmo por uma postura pragmática. Por razões humanas, de respeito aos direitos, pela correção das políticas públicas e para que o nosso sistema prisional não fique abarrotado de “pequenos traficantes” que na verdade são usuários de drogas, urge que se estabeleçam marcos normativos e jurisprudenciais que enfrentem e resolvam de vez esse problema.

Todavia, a bem da verdade, tudo que cerca o grave problema da comercialização e do uso de drogas, apenas, será resolvido, de forma definitiva, quando avançarmos para um novo patamar da sua discussão e das soluções que podem vir a ser adotadas. Cada vez mais parece ficar claro que a proibição pura e simples do uso de drogas e a criminalização da sua comercialização, em vez de resolver o problema, mais o agrava. Temos, pois, o dever de questionar, sem preconceitos, esse modelo, e de buscarmos a melhor alternativa para o enfrentamento dos efeitos nocivos do consumo de drogas.

Com efeito, o tráfico de drogas, apesar do disposto na lei e do próprio aparato estatal internacionalmente destinado à sua repressão, mantém intocada a sua alta lucratividade. Ele movimenta, diante da impotência dos órgãos policiais de todos os países, vultosas somas de recursos financeiros, como bem demonstram os números divulgados por organismos internacionais (UNODC). Segundo se sabe, ele chega a movimentar praticamente a metade do produto do crime organizado transnacional, em somas que totalizam de 0,6 a 0,9% do Produto Interno Bruto Global. No ano de 2010, chegou a gerar um lucro da ordem de 85 bilhões de dólares.

Diante disso não se pode dizer que o modelo da “guerra às drogas” tenha dado um resultado minimamente aceitável. Urge, nessa medida, que se discuta com coragem e profundidade, em debate franco e aberto com toda a sociedade, a possibilidade de regulamentação do comércio de drogas, a partir de uma cuidadosa transição do modelo atual que leve em conta estudos aprofundados e as experiências internacionais já desenvolvidas e em desenvolvimento.

De fato, o modelo da criminalização e da proibição do comércio de drogas ilícitas, além de se revelar ineficiente, tem partido do falso pressuposto de que medidas rigorosas e repressivas podem proteger sem-

pre, e em todos os casos, a saúde pública. Isso, porém, não só não é verdadeiro, como remete a uma grave incoerência: o atual modelo ignora solenemente que as denominadas drogas “lícitas”, como o álcool e o tabaco, são as que causam mais dano à saúde pública, em todo o mundo. Dados da Organização Mundial da Saúde³⁹ apontam que o uso abusivo de álcool resulta em 2,5 milhões de mortes ao ano. 9% dessas mortes ocorrem entre jovens de 15 a 29 anos. O tabaco, por sua vez, segundo esse mesmo órgão revelou, faz com que o seu consumo mate mais da metade dos seus usuários, ou seja, mais de 6 milhões de pessoas ao ano, lamentavelmente, aproximadamente 10% desse número é constituído por fumantes “passivos”.

Para efeito do desenvolvimento de um novo modelo, assim, deve-se levar em conta todos os efeitos maléficos que as drogas, sem exceção, sejam elas hoje consideradas lícitas ou ilícitas, trazem à sociedade e aos indivíduos. Uma regulamentação do seu consumo deve partir de uma análise global do problema, sem mascaramentos ou posturas hipócritas.

Na discussão de um novo modelo, é indispensável que se venha a agir com ousadia. Mas sempre com responsabilidade, e intensos e amplos debates com toda a sociedade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que foi exposto, podemos dizer que “*A marcha da insensatez*” tão bem estudada e analisada pela historiadora estadunidense Barbara W. Tuchman, encontra no sistema penitenciário brasileiro um exemplo notável. Escreveu essa autora, com inegável brilhantismo e correção, que “fenômeno observável ao longo da história, que não se atém a lugares ou períodos, tem sido o da busca, pelos governos, de políticas contrárias aos seus próprios interesses. Nessa esfera, sabedoria – que pode ser definida como exercício de julgamento atuando à base de experiência, senso comum e informações disponíveis – é menos operativa e mais decepcionante do que seria de se esperar”. E, posteriormente, pergunta, induzindo a reflexão: “por que os homens com poder de decisão política tão frequentemente agem de forma contrária àquela apontada pela razão e que os próprios interesses em jogo sugerem? Por que o processo mental da inteligência, também, frequentemente, parece não funcionar?”⁴⁰

No caso da realidade penitenciária brasileira e da questão das drogas, o desconhecimento, a ideologia dominante, o preconceito, a ausência de reflexão aprofundada nos cursos formadores dos operadores da área do direito (juízes, membros do Ministério Público, delegados de polícia, defensores públicos e advogados), a falta de seriedade e de estudo no momento da elaboração de propostas legislativas, e o próprio sensacionalismo oportunista com que importantes órgãos de imprensa tratam o problema da criminalidade, parecem ser a resposta. A cultura do encarceramento, apesar da sua irracionalidade e da sua estupidez comprovada, permanece, historicamente, enraizada no nosso senso comum.

Nesse plano, a razão tem cedido espaço para a emoção; o desejo de mudança construído pela reflexão para o misoneísmo; e o diálogo crítico para a irrazoabilidade conservadora ditada pelo senso comum. Ao mesmo tempo em que se brada ferozmente pela ampliação do encarceramento, pela mudança da lei ou da sua interpretação, se questiona a superlotação dos nossos presídios, a condição desumana com que são tratados os nossos presos, a impossibilidade real de que sejam reinseridos socialmente após o cumprimento das penas privativas da liberdade e, ainda, a ausência de combate eficaz às organizações criminosas que espalham hoje o terror dentro e fora dos presídios.

É necessário que se enfrente esse debate com coragem e com energia intelectual suficiente para que se

39 ORGANIZAÇÃO Mundial Da Saúde. [Homepage]. Disponível em: <<http://www.who.int/eportuguese/countries/bra/pt/>>. Acesso em: 04 de abr. de 2017.

40 TUCHMAN, Bárbara. *A marcha da insensatez*; de Tróia ao Vietnã. Tradução: Carlos de Oliveira Gomes. Rio de Janeiro: Best-Bolso, 2012. p. 11.

possa derrotar o senso comum. A prisão, cautelar ou definitiva deve ser tida como uma medida excepcional e extrema. Não pode mais ser banalizada, como se fosse a única medida saneadora para a prática de delitos. Outras sanções penais eficazes e que facilitem a reinserção social do integrante da população carcerária devem ser escolhidas como prioritárias. É necessário melhorar as condições dos nossos presídios. É necessário que sejam desenvolvidas políticas fortes que levem aos cárceres a educação, a saúde e o trabalho remunerado, em condições infinitamente melhores do que hoje ocorre.

E, por fim, antes mesmo de qualquer mudança, é necessário que se reafirme, com vigor, que a lei e as garantias constitucionais, tanto no âmbito do processo penal como no âmbito da execução da pena, devem ser, sempre, incondicionalmente, respeitadas. Devemos mostrar ao senso comum que não há direitos que sejam intocáveis quando se admite, em alguma medida, que se aplauda ações ou omissões que fiquem à margem do Estado de Direito. Devemos mostrar ao senso comum que um país ou um povo somente adquire a sua maturidade institucional quando cidadãos ou autoridades de quaisquer dos Poderes do Estado, não possam mais dizer “a lei... ora, a lei”. Ou, em dimensão mais estreita e específica, “o preso... ora, o preso”.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2017.
- BATISTA, Nilo et al. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Moraes, 2001. E-book.
- BEIRAS, Iñaki Rivera. *La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008.
- BERGALLI, Roberto (Org.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. A crise da pena privativa de liberdade. *Revista MPRS*, Porto Alegre, n. 31, 1994.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CALDEIRA, Felipe M. A evolução histórica, filosófica e teórica da pena. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, p. 255-272, 2009.
- DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Recordações da casa dos mortos*. Tradução: A. Augusto dos Santos. Edição eletrônica: Centaur Editions, 2014. E-book.
- GIACOIA, Gilberto; HAMMERSCHIMIDT, Denise. *La Cárcel en España, Portugal e Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012.
- KAUFMANN, Hilde. *Principios para la reforma de la ejecucion penal*. Buenos Aires: Depalma, 1977.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Carcel y fabrica: los orígenes del sistema penitenciário: siglos XVI-XIX*. 2. ed. Cidade do México: Siglo veinte uno editores, 1985.
- ORGANIZAÇÃO Mundial Da Saúde. [Homepage]. Disponível em: <<http://www.who.int/eportuguese/countries/bra/pt/>>. Acesso em: 04 abr. 2017.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Bogotá: Temis, 1984.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SUEIRO, Daniel. *La pena de muerte*. Madrid: Alianza Alfaguara, 1974.

TUCHMAN, Bárbara. *A marcha da insensatez: de Tróia ao Vietnã*. Tradução: Carlos de Oliveira Gomes. Rio de Janeiro: BestBolso, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas: a Perda de Legitimidade do Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A terceira margem do
constitucionalismo republicano:
uma crítica a Frank Michelman**
**The third bank of republican
constitutionalism: a critique of
Frank Michelman**

Daniel Barcelos Vargas

A terceira margem do constitucionalismo republicano: uma crítica a Frank Michelman*

The third bank of republican constitutionalism: a critique of Frank Michelman

Daniel Barcelos Vargas **

RESUMO

As décadas de 1980 e 1990 marcaram a hegemonia de uma nova tradição constitucional: o constitucionalismo republicano. Essa tradição, originalmente desenvolvida nos Estados Unidos, pregava o resgate de ideais como bem comum, deliberação cívica e vontade popular por meio de revisão da história e da teoria político-constitucional. Entre os seus maiores expoentes, estava o professor Frank Michelman. Michelman sugere um caminho para se reconciliar, no pensamento e na prática constitucional, o *ideal* republicano do autogoverno e os limites territoriais e populacionais das democracias. Para superar esse distanciamento entre o ideal de cidadania participativa e os limites da vida moderna, Michelman apresenta a Suprema Corte como a instituição capacitada a assumir e representar, ainda que “simbolicamente”, o princípio do autogoverno. Por meio de revisão teórica da literatura canônica, o artigo reposiciona o pensamento de Michelman no contexto intelectual do seu tempo, para, em seguida, endereçar seus limites mais profundos. O principal argumento é de que a primazia conferida pelo autor à Suprema Corte, em vez de realizar o ideário republicano, acaba por neutralizar a capacidade coletiva de perseguir, no pensamento e na prática, aprimoramentos na democracia contemporânea.

Palavras-chave: Direito. Democracia. Constitucionalismo. Republicanismo.

ABSTRACT

During the 1980s and 1990s, the world witnessed the hegemony of a new tradition of constitutional thought: the *republican constitutionalism*. This tradition, mostly developed in the United States, sought to rescue classical republican ideals, such as common good, civic deliberation, and popular will and promote a reconstruction of democratic history and politics. Among the most influential thinkers of this period was Frank Michelman. Professor Michelman’s scholarship suggests a new intellectual path to reconcile, in constitutional thought and practice, the ideal of self-government with the territorial and demographic scales of contemporary democracies. To overcome the distance between the noble aspiration of an engaged and participatory citizenry, on the one hand, and the limiting conditions of modern life, on the other, Michelman stresses the strategic role of the Supreme

* Recebido em 28/07/2017

Aprovado em 29/10/2017

Este artigo foi originalmente elaborado durante realização do curso de mestrado em direito constitucional na Universidade de Brasília - UnB, entre 2004-2005. Serviu de base para redação subsequente da dissertação, intitulada O Renascimento Republicano no Constitucionalismo Contemporâneo e os Limites da Comunidade – Uma Análise das Teorias Constitucionais de Bruce Ackerman, Frank Michelman e Cass Sunstein, disponível no repositório de dissertações online da UnB. O texto foi mantido em sua originalidade (com exceção do último parágrafo da introdução) com o intuito de valorizar os desafios das ideias no seu tempo.

** Doutor (2014) e Mestre (2006) em Direito pela Universidade de Harvard. Mestre (2005) e Bacharel (2003) em Direito pela Universidade de Brasília. Exerceu distintas posições na Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Foi coordenador do Centro de Justiça e Sociedade e do Centro de Tecnologia e Sociedade. Professor da FGV Direito Rio. Email: daniel.vargas@fgv.br

Court as a central institutional in constitutional democracies. The Court, in his view, was the only institution capable of representing — even if only “symbolically”— the democratic principle of self-government in our time. By placing Michelman’s ideals in its own intellectual context through a theoretical reconstruction process, the article sheds light on its deepest and most significant limits. Clarifying the limits of Michelman’s strategy might also serve as a first step to redirect contemporary constitutional strategies to improve democratic arrangements.

Keywords: Law. Democracy. Constitutionalism. Republicanism.

1. INTRODUÇÃO

Em *A Terceira Margem do Rio*, João Guimarães Rosa conta a estória de um menino que não consegue desprender-se de uma ilusão. Sua sina começa quando o pai entra em uma canoa e, sem mais explicações, decide partir¹. Evade-se de toda convivência com a família e a sociedade, preferindo a completa solidão do rio. Parentes, vizinhos e amigos tentavam estabelecer, em vão, algum tipo de contato com o pai. Mas, com o tempo, todos vão se acostumando com aquela atitude inusitada, menos o filho². “Nosso pai” pretendia ficar no rio, dentro da canoa, “de meio a meio” — pensava o filho³. E, de meio a meio, imóvel, ele se aproximava da terceira margem do rio.

O romance de Guimarães Rosa narra o contraste entre, de um lado, a beleza e a concretude *ilimitada* do rio e, de outro, os conflitos *pessoais* de vida e morte, que torna impossível definir se o homem no rio é ainda um homem ou somente uma visão⁴. A vida passa e o menino, sempre mirando o rio, convive com

1 A estória é narrada pelo filho e protagonista. A partida do pai é assim apresentada: “Mas se deu que, certo dia, nosso pai mandou fazer para si uma canoa. Era a sério. Encomendou uma canoa especial, de pau vinhático, pequena, mal com a tabuinha da popa, como para caber justo o remador. Mas teve de ser toda fabricada, escolhida forte e arqueada em rijo, própria para dever durar na água por uns vinte ou trinta anos. [...] E esquecer não posso o dia em que a canoa ficou pronta. Sem alegria nem cuidado, nosso pai encaçou o chapéu e decidiu um adeus para a gente. [...] Nosso pai entrou na canoa e desamarrou, pelo remar. E a canoa saiu se indo — a sombra dela por igual, feito um jacaré, comprida longa.” ROSA, João Guimarães. *A Terceira Margem do Rio*. In: ROSA, Guimarães. São Paulo: Nova Cultural, 1988. p. 106.

2 O seguinte trecho é ilustrativo: “Minha irmã se mudou, com o marido, para longe daqui. Meu irmão resolveu e se foi, para uma cidade. Os tempos mudavam, no devagar depressa dos tempos. Nossa mãe terminou indo também, de uma vez, residir com minha irmã, ela estava envelhecida. Eu fiquei aqui, de resto. Eu nunca podia querer me casar. Eu permaneci, com as bagagens da minha vida. Nosso pai carecia de mim, eu sei — na vagação, no rio no ermo — sem dar razão do seu feito.” ROSA, João Guimarães. *A Terceira Margem do Rio*. In: ROSA, Guimarães. São Paulo: Nova Cultural, 1988. p. 109.

3 A confusão entre o real e o imaginário é um dos pontos-chaves da literatura de Guimarães Rosa. “O homem nunca é idêntico a si mesmo, variando tanto quanto varia o objeto de seu desejo. [...] Na maioria das vezes, não se dá conta de que está no meio de um jogo ou num palco, representando papéis de que não tem consciência plena.” OLIVEIRA, Luís Claudio Vieira de. O Eu por Detrás de Mim: Semiótica e Psicanálise em Guimarães Rosa. In: MENDES, Lauro Belchior et al. *A Astúcia das Palavras*. Ensaios sobre Guimarães Rosa. Belo Horizonte: UFMG, 1998. p. 102. Em *A Terceira Margem do Rio*, o filho convive com esse conflito entre real e ilusório. Tempos após a partida do pai, continuava a desejar o seu retorno. E transportando esse desejo em realidade, agia como o pai ainda permanecesse no rio. Dia após dia, continuava a levar comida, roupas e outros mantimentos que imaginava que o pai necessitasse para enfrentar a vida no rio: “Eu mesmo cumpria de trazer para ele, cada dia, um tanto de comida furtada: a ideia que senti, logo na primeira noite, quando o pessoal nosso experimentou de acender fogueiras em beirada do rio, enquanto que, no alumiado delas, se rezava e se chamava.” ROSA, João Guimarães. *A Terceira Margem do Rio*. In: ROSA, Guimarães. São Paulo: Nova Cultural, 1988. p. 107.

4 Em diversos momentos da estória, essa confusão entre realidade e ilusão se revela. “Enxerguei nosso pai no enfim de uma hora, tão custosa para sobrevir: só assim, ele no ao longe, sentado no fundo da canoa, suspensa no liso do rio. Me viu, não remou para cá, não fez sinal. Mostrei o de comer, depositei num oco de pedra do barranco, a salvo de bicho mexer e a seco de chuva e orvalho. Isso, que fiz, e refiz, sempre, tempos a fora. Surpresa que mais tarde tive: que nossa mãe sabia desse meu encargo, só se encobrendo de não saber; ela mesma deixava, facilitado, sobra de coisas, para o meu conseguir. Nossa mãe muito não se demonstrava.” ROSA, João Guimarães. *A Terceira Margem do Rio*. In: ROSA, Guimarães. São Paulo: Nova Cultural, 1988. p. 107. Em outro trecho, o menino pensa que todos de sua família, como ele, não conseguiam se acostumar com a partida do pai, não se dando conta de que, na verdade, só ele vivia essa ilusão: “A gente teve de se acostumar com aquilo. Às penas, que, com aquilo, a gente mesmo se acostumou, em si, na verdade. Tiro por mim, que, no que queria, e no que não queria, só com nosso pai me achava: assunto que jogava para trás meus pensamentos.” ROSA, João Guimarães. *A Terceira Margem do Rio*. In: ROSA, Guimarães. São Paulo: Nova Cultural,

uma dúvida que não consegue resolver: o pai ainda se encontra navegando ou tudo isso é apenas ilusão? Essa dimensão entre o *real* e o *ideal* é o que o autor denomina *terceira margem do rio*⁵. Imerso no simbolismo da terceira margem, o menino se mantém em uma eterna fase de transição, que lhe impede de perceber a realidade e de reconstruir seu destino.

As décadas de 1980 e 1990 marcaram a hegemonia de uma tradição constitucional nos Estados Unidos que influenciou o mundo — assim como o Brasil.⁶ O “constitucionalismo republicano”, como ficou conhecida essa tradição, pregava o resgate de ideais como bem comum, deliberação cívica e vontade popular na história e na política constitucional norte-americana. A partir de novas categorias, essa tradição, também, buscava sugerir fundamento original para o controle de constitucionalidade (*judicial review*) exercido pela Suprema Corte nos Estados Unidos. Entre os maiores expoentes dessa tradição, estava o Professor de Harvard Law School Frank Michelman.

Em que pese a sua originalidade, o artigo argumentará, a partir de revisão teórica da literatura canônica, que o constitucionalismo republicano de Michelman⁷ sofre de problema semelhante ao protagonista do conto de Guimarães Rosa. Michelman reconhece a impossibilidade *real* de se realizar, em sua completude, na sociedade contemporânea, o *ideal* republicano do autogoverno. “Para um cidadão de Genebra, talvez seja imaginável”⁸ a realização da democracia direta em plena escala. No entanto, para os cidadãos de nações com amplas dimensões territoriais e populacionais, a política nacional não é uma arena para o autogoverno⁹. Para superar esse distanciamento entre o ideal de cidadania participativa e os limites da vida moderna, Michelman apresenta a Suprema Corte como a instituição capacitada a assumir e representar, ainda que idealmente, o princípio do autogoverno. O resultado é jogar a sociedade em uma ilusão paralisante.

1988. p. 107-108.

5 O *terceiro* exerce um papel fundamental na obra de Guimarães Rosa. Em *A Terceira Margem do Rio*, o autor utiliza esse recurso como uma anedota que tem o propósito de chacoalhar a realidade. COELHO, “Guimarães Rosa propõe-nos, à maneira de Freud, uma série de anedotas a que ele chama, reparem, ‘anedotas de abstracção’. Elas funcionam, como o Witz romântico, como ‘catalisadores ou sensibilizantes ao alegórico espiritual e ao não prosaico’ — ‘uma anedota é como um fósforo’, porque ‘escanha os planos da lógica, propondo-nos realidade superior e dimensões para mágicos novos sistemas de pensamento’”. COELHO, Eduardo Prado. *Tríadas*. In: BERARDINELLI, Cleonice. *Figuras da Lusofonia*. Lisboa: Instituto Camões, 2002.

6 O neoconstitucionalismo é uma das portas de entrada do constitucionalismo republicano no Brasil. Tradicionalmente associado a inovações no pensamento jurídico e constitucional europeu, na verdade, boa parte dos defensores desta nova corrente constitucional entre nós — como Luís Roberto Barroso — nutriram-se, profundamente, na fonte republicana do constitucionalismo norte-americano, gestada nas décadas de 1970-1990. Sobre o tema, conferir BARROSO, 2005, 2007. A mais recente e sofisticada reconstrução do neoconstitucionalismo, elaborada pelo professor e ministro Barroso, encontra-se em *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. Para crítica a esta visão, cf. ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte Anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 187-202 e LEAL, Fernando. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 9, n. 33, p. 123-165, out./dez. 2015.

7 O pensamento de Frank Michelman amadureceu ao longo de sua trajetória. É possível, em linhas gerais, diferenciar o pensamento de Michelman em três grandes momentos. Na primeira fase, o constitucionalismo republicano, debatida neste ensaio. Na segunda fase, o constitucionalismo rawlsiano, em que o autor abraça projeto de liberalismo constitucional de John Rawls e busca desdobrar as bases constitucionais daquele sistema de justiça. Na terceira fase, o constitucionalismo comparado e crítico, em que o autor se dedica, prioritariamente, ao exame do constitucionalismo sul-africano. Os últimos anos de sua produção intelectual na universidade de Harvard podem ser interpretados como embrião de nova fase. Em *Ida’s Way: Constructing the Respect-Worthy Governmental System*, o autor questiona a própria viabilidade do constitucionalismo liberal em sociedades pluralistas, inspirado, sobretudo, pela experiência constitucional sul-africana. MICHELMAN, Frank I. *Ida’s Way: Constructing the Respect-Worthy Governmental System*. *Fordham Law Review*, v. 72, p. 345-366, 2003.

8 MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 75, 1986.

9 Michelman afirma que o republicanismo, na sociedade moderna, já não deve assumir as características do republicanismo clássico: “para um cidadão de Genebra, talvez seja imaginável que a liberdade positiva possa ser realizada para todos por meio de um autogoverno democrático-direto, um processo civil sem soberania de governando e sendo governado, sem nenhum lugar para a autoridade legal acima desse processo mesmo. Mas para cidadãos dos Estados Unidos, políticas nacionais não são, sequer na imaginação, a arena para o autogoverno em seu sentido positivo, que confere a liberdade”. MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 75, 1986.

Em *A Terceira Margem do Rio*, seria melhor que o menino compreendesse, assim como restante de sua família, que o pai partiu e não volta mais¹⁰. É preciso seguir adiante e desprender-se da eterna fase de transição que lhe aprisiona, e lhe impede de evoluir. O presente artigo adere à mesma interpretação de Guimarães Rosa, para defender que o constitucionalismo de Frank Michelman, ao afirmar o papel simbólico da Suprema Corte como instituição central do regime constitucional, perde o contato com o mundo real e ingressa em uma “terceira margem” que mantém a sociedade em uma eterna transição. Assim como no conto do escritor mineiro, o simbolismo de Michelman cria uma ilusão, que arrisca retirar da sociedade a capacidade de traçar, pela reconstrução política, o seu próprio destino, de crescer com seus acertos e de aprender com os seus erros.

A compreensão da “terceira margem” do constitucionalismo de Michelman nos coloca a um passo da realidade nacional, cada vez mais influenciada por uma parcela da tradição republicana nos Estados Unidos. Em que pese as variações de linguagem e conceitos, o programa de Michelman para a democracia é um reflexo familiar no espelho — com desfoques que a realidade brasileira impõe — da visão e prática constitucional que tem se tornado, ao longo da última década, a mais influente no Brasil.¹¹ E, se isso é verdade, a teoria estrangeira torna-se um atalho promissor para compreensão da trajetória que trilhamos na realidade brasileira e dos seus limites.

2. O “JUDICIALISMO” E A LEGITIMIDADE DA DECISÃO DA SUPREMA CORTE

A tradição do constitucionalismo republicano teve o objetivo central de oferecer uma justificativa democrática para a atuação da Suprema Corte. Essa tradição busca responder ao seguinte questionamento: como é possível legitimar a decisão da Suprema Corte que declara a nulidade de uma lei aprovada pelos representantes do povo? O problema é especialmente sensível naquele país, porque a constituição norte-americana não reconheceu, originalmente, o poder da Suprema Corte de realizar a revisão constitucional das leis. O natural seria de se esperar, nesse contexto, que a última palavra sobre as leis que regem a vida na democracia americana fosse dada pelos congressistas, eleitos diretamente pelo povo, não por juízes. Entre os vários expoentes desse debate, destacam-se Alexander Bickel¹², Bruce Ackerman¹³, Cass Sunstein¹⁴, além do próprio Frank Michelman¹⁵.

Ponto de referência básico para compreensão do problema constitucional norte-americano é apresentado por Alexander Bickel. Para ele, a decisão da Suprema Corte que declara a nulidade de uma norma produzida pelas instituições políticas da sociedade viola a vontade popular. Ainda que essa decisão se fundamente na desconformidade da norma examinada com a vontade política do povo assegurada na Constituição, ela “impede a realização da vontade dos representantes da sociedade atual do aqui e agora; exerce o controle não em nome da maioria prevalecente, mas contra ela”¹⁶. Essa tensão ficou conhecida como a *dificuldade contramajoritária*¹⁷.

10 Como apresenta Guimarães Rosa, foi isso que fizeram a mãe e os irmãos. Apenas o filho se manteve às margens do rio, na expectativa de retorno do pai.

11 Refiro-me ao neoconstitucionalismo. Para mais informações, cf. nota 7. Visões “análogas” ao neoconstitucionalismo estão presentes entre outros constitucionalistas influentes no Brasil. COELHO, Inocêncio Mártires. Poder Normativo das Cortes Constitucionais: o Caso Brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, Número Especial, p. 15-27, 2015.

12 BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. Nova York: Vail-Ballou Press, 1962.

13 Cf. ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *Yale Law Journal*, v. 93, p. 1014-1072, 1984 e ACKERMAN, Bruce. Constitutional Politics/Constitutional Law. *Yale Law Journal*, v. 99, n. 3, p. 453-547, 1999.

14 Cf. SUNSTEIN, Cass R.; STONE, Geoffrey R.; EPSTEIN, Richard A. *The Bill of Rights and the modern state*. Chicago, Illinois: University of Chicago Press, 1992; SUNSTEIN, Cass R. *The partial constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993 e SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: Judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

15 MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 4-77, 1986 e MICHELMAN, Frank I. Law’s Republic. *Yale Law Journal*, v. 97, n. 8, p. 1493-1537, 1987.

16 BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. Nova York: Vail-Ballou Press, 1962. p. 17.

17 Para uma visão geral sobre a *dificuldade contramajoritária*, cf. TRIBE, Lawrence. *American Constitutional Law*. 2 ed. Nova York: The

Diante da impossibilidade de solucionar esse paradoxo, Bickel argumenta que a legitimidade da decisão judicial que declara a nulidade de uma lei deve ser aferida *a posteriori*: a decisão será legítima se conquistar a aceitação da vontade popular. Assim, a justificação da decisão da Suprema Corte é diferida para o futuro¹⁸. No momento do julgamento, quando muito, tem-se uma expectativa de legitimidade, que poderá ou não se confirmar, conforme os humores da maioria se movimentarem.

O constitucionalismo de Ackerman parte de uma crítica à *dificuldade contramajoritária*. Segundo o professor de Yale, o pensamento de Bickel se estrutura sobre uma premissa equivocada: o “nivelamento” de toda a atividade política nacional¹⁹. Para Bickel, se uma norma é aprovada por representantes eleitos para uma legislatura ou se é aprovada por representantes eleitos para a Assembleia Constituinte, o resultado do processo político é um só: a expressão da vontade popular. Não é possível, portanto, diferenciar a qualidade das manifestações políticas que acontecem no Estado. O efeito dessa compreensão, afirma Ackerman, é a impossibilidade de se explicar por que se deve preferir a vontade expressa pela sociedade em algum momento no passado em relação à vontade expressa pelos seus atuais representantes²⁰. Nas palavras de Ackerman²¹:

O nivelador iguala a história constitucional a um único plano de significância normativa. Contanto que nossos legisladores ganhem seus lugares por meio do processo de eleições democráticas livres e justas, o nivelador se recusa a considerar a qualidade do envolvimento dos cidadãos que apoiam determinado ato normativo. Nessa visão, as decisões políticas alcançadas por uma assembleia eleita democraticamente nunca podem ganhar mais legitimidade que aquelas alcançadas por uma outra.

Ackerman afirma que a concepção niveladora de política que orienta o pensamento de Bickel não combina com a visão que se deve ter do regime democrático na sociedade moderna. O constitucionalismo, para o professor de Yale, precisa ser explicado segundo uma visão dualista da política²². A fórmula de Ackerman é simples: política constitucional é tipo de política republicana, qualificada pelo diálogo orientado à realização do interesse público, e não se confunde com a política comum ou ordinária, praticada no dia a dia e voltada à satisfação dos interesses particulares de indivíduos e grupos. Pela sua natureza qualificada, a política constitucional (e republicana) tem prioridade à ordinária (e liberal), muito embora ambas tenham como origem a vontade popular²³.

Foundation Press Inc., 1988. p. 10-12 e 61-66.

18 A visão niveladora de Bickel sobrevaloriza o papel da democracia na determinação do futuro da sociedade, reduzindo a Constituição a mera coadjuvante desse processo. Como as normas aprovadas em distintos momentos da história são qualitativamente iguais, parece lógico, no pensamento desse autor, que se deva reconhecer a prevalência da vontade da sociedade de hoje, manifestada pelo caminho da democracia, sobre a vontade manifestada no passado, inscrita na Constituição. A prevalecer essa visão, deve-se, necessariamente, resolver o conflito intertemporal de leis conferindo prioridade normativa à maioria presente sobre eventual maioria formada no passado. O raciocínio *a contrario sensu* reforça essa posição: conferir primazia à vontade expressa no passado sobre a vontade majoritária da sociedade de hoje permitiria o controle da minoria sobre o futuro de toda a sociedade, situação tão esdrúxula quanto defender que uma norma anterior revogue norma posterior.

19 ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *Yale Law Journal*, v. 93, p. 1014-1072, 1984. p. 1013-1015.

20 Ackerman rastreia essa tendência niveladora da atividade política até os textos fundacionais da ciência política acadêmica e da teoria constitucional acadêmica. Seguindo o trabalho de James B. Thayer. THAYER, James B. The Origin and the Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, v. 7, p. 129, 1893, “nesse texto fundacional da universidade norte-americana moderna, a tendência perigosa de nossas instituições governamentais para agir antidemocraticamente já é estabelecida como fonte central da ansiedade escolar”. ACKERMAN, Bruce. Constitutional Politics/Constitutional Law. *Yale Law Journal*, 1999, vol. 99, n. 3, pp. 1015.

21 ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *Yale Law Journal*, v. 93, p. 1046, 1984.

22 ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *Yale Law Journal*, v. 93, p. 1022, 1984.

23 As duas “políticas” se diferenciam em, pelo menos, quatro aspectos: o método por que cada uma é produzida, a finalidade da decisão em cada caso, a posição hierárquica da decisão em relação às instituições estatais e o momento em que a decisão é proferida. A primeira distinção é *metodológica*. A política ordinária é caracterizada por uma constante disputa entre facções que buscam a realização de seus interesses particulares. É o método, por excelência, de realização de objetivos privados. A política constitucional, ao contrário, caracteriza-se pelo envolvimento de uma grande quantidade de cidadãos no debate em torno do ideal de bem público. Consiste, pois, em um método de determinação do interesse do povo. Ackerman diferencia os métodos das políticas ordinária e constitucional com o intuito de compatibilizar as *finalidades* conflitantes na sociedade. A política ordinária se caracteriza por permitir a cada cidadão buscar a realização dos seus objetivos particulares. Por sua vez, na política constitucional, espera-se determinado nível de sacrifício dos interesses privados em nome da realização de um objetivo maior: o bem público. A terceira distinção diz respeito

Com essa compreensão dualista da política, Ackerman começa a construir uma releitura do constitucionalismo norte-americano em que a dificuldade contramajoritária é dissolvida²⁴. A Suprema Corte não atua contra, mas em nome da vontade do povo, na visão de Ackerman. Ela resguarda a identidade coletiva do povo, quando o povo se silencia. Apenas durante os momentos críticos da história em que a nação se une em torno de um processo dialógico constitutivo de sua identidade²⁵, o povo fala diretamente. Fora desses momentos episódicos, o que existe em um regime democrático são apenas instituições políticas ordinárias, integradas por representantes eleitos — mas não pelo povo em si. Se o povo não se manifesta durante a vida ordinária de um regime, quem deve representá-lo? A Suprema Corte, responde Ackerman.

Para o autor, as instituições representativas da democracia, como a Câmara e o Senado, são regidas pelo espírito da satisfação dos interesses privados e, por isso, não conseguem enxergar o interesse público profundo. Essa função deve ser exercida pela Suprema Corte, com base em uma interpretação holística da história²⁶. Ao julgar, os magistrados devem realizar uma síntese intergeracional dos momentos constitucionais que se produziram ao longo da história²⁷. A lógica do sistema apresentado por Ackerman é peculiar, pois se espera que os juízes conservem tanto o bom e o correto como o obscuro e o duvidoso de cada momento constitucional²⁸. Não é tarefa do magistrado preencher lacunas ou corrigir desvios que, eventualmente, surjam entre fatias de manifestação constitucional.

Ao tentar superar os limites da Teoria Constitucional de Bickel, Ackerman acaba recaindo no mesmo problema que atinge o pensamento daquele autor. Isso porque, para os dois constitucionalistas, o critério de legitimidade apresentado para justificar a decisão da Suprema Corte tende a menosprezar a vontade da sociedade hoje. Para Bickel, a legitimidade resultará da compatibilidade entre a manifestação judicial e a *vontade da sociedade em algum momento no futuro*. Por sua vez, no pensamento de Ackerman, a legitimidade é a qualidade da harmonia entre a decisão da Suprema Corte e a *vontade da sociedade em algum momento no passado*. Em ambos os casos, contudo, o critério de legitimidade do regime tende a tratar como secundário ou marginal a vontade da sociedade no presente.

Esse distanciamento entre a legitimidade garantida pela atuação ativa da Suprema Corte e a vontade da

à *posição hierárquica* ocupada pela decisão produzida em cada modalidade política em relação às instituições do Estado. A norma produzida na política constitucional está acima de todas as instituições, podendo, por isso mesmo, criar, transformar ou até mesmo eliminar determinada organização estatal. A política ordinária não possui a mesma força. Sua capacidade de ordenar a vida em sociedade encontra um limite, fixado pela norma constitucional. A lei ordinária, em grande medida, submete-se aos limites institucionais fixados pela comunidade. Por fim, as duas políticas se diferenciam quanto ao *momento* de sua manifestação. Ao passo que a política ordinária se realiza cotidianamente, com a aprovação das normas que regulam a rotina da vida em sociedade, a política constitucional se manifesta, esporadicamente, quando se realizam os elementos que dão origem à comunidade. ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *Yale Law Journal*, v. 93, p. 1019-1022, 1984.

24 Ackerman esclarece que seu objetivo não é resolver a *dificuldade contramajoritária*, mas dissolvê-la: “Quase um ano já se passou sem que um professor letrado tenha anunciado a descoberta da solução final para a dificuldade contramajoritária, ou, de maneira ainda mais obscura, que a dificuldade contramajoritária é insolúvel. Essa não será a proposta do presente ensaio. Em vez de solucionar a dificuldade contramajoritária, eu buscarei dissolvê-la, minando a visão da democracia norte-americana e da história norte-americana que os advogados constitucionalistas têm desenvolvido ao longo da Era Progressiva”. ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *Yale Law Journal*, v. 93, p. 1016, 1984.

25 KAHN, Paul. Community in Contemporary American Constitutionalism. *Yale Law Journal*, v. 99, n. 1, p. 22, 1989.

26 Para mais informações sobre o tema, cf. ACKERMAN, Bruce. Constitutional Politics/Constitutional Law. *Yale Law Journal*, v. 99, n. 3, p. 515-545, 1999.

27 Nesse mesmo sentido, cf. ALONSO, Gabriela L. *Introdução*. In: ACKERMAN, Bruce. *La Política del Diálogo Liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 17 (“Parece-me importante sugerir que a tese interpretativa da síntese intergeracional é independente da Teoria Dualista: na medida em que ocorra uma mudança constitucional (por exemplo, por meio do regime do Artigo V) que não signifique o abandono total dos princípios afirmados previamente à transformação, os juízes devem enfrentar o desafio da síntese, isto é, o problema de determinar o alcance com que princípios posteriores modificam princípios anteriormente reconhecidos, assim como a direção da interpretação”).

28 ALONSO, Gabriela L. *Introdução*. In: ACKERMAN, Bruce. *La Política del Diálogo Liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 17. A Corte preserva, tanto quanto possível, os limites da identidade coletiva manifestada pelo povo, sem buscar uma racionalidade própria que apresente a doutrina como uma unidade coerente. Se existem ideias incompatíveis nessa identidade, também elas devem ser mantidas, pois exprimem a alma do próprio povo. Agir de outra forma é usurpar o papel do povo.

sociedade é alvo de desconforto na tradição constitucionalista americana.²⁹ É contra eventual autoritarismo, disfarçado de “valor constitucional”, que Frank Michelman se levanta, ao tentar reconstruir os pilares sobre os quais se estrutura o sistema de governo constitucional. Atribuir ao “povo do passado” o papel de legítimo condutor do “trem da história”³⁰, como sugere Ackerman, limitaria a liberdade da sociedade atual de ditar o seu próprio caminho. Disso resultaria a necessidade de se buscar critério de legitimação da decisão da Suprema Corte que não se projetasse *apenas sobre um ideal de futuro* (na expectativa de que os efeitos da decisão constitucional encontrem, na esquina do amanhã, os anseios populares), nem que se assentasse em uma *suposta imagem do passado* (na fé de que juízes hábeis seriam mais capazes de traduzir, no presente e em concreto, os ideais que emergiram no passado com vigor mais candente). Um critério de legitimidade hábil a exprimir a verdadeira vontade popular manifestada no presente.

3. A LEGITIMIDADE REPUBLICANA DE FRANK MICHELMAN

Michelman rejeita o modelo representativo e a política nacional de democracia direta apresentados por Ackerman.³¹ As instituições do Estado, segundo o professor de Harvard, não falam pelo povo. Ao contrário, tiram-lhe a possibilidade de expressar sua vontade. Com essa compreensão, crítica a proposta de Ackerman de apresentar a Suprema Corte como *representante* da vontade popular. E também critica a presunção de que a Corte é capaz de revelar a identidade do povo por meio de uma interpretação holística da história. “Dado que alguém tem que compor ou selecionar a história, quem é esse autor?”³² Michelman responde com fina ironia: “Nós o Povo” certamente não, “a não ser que aconteça de nós sermos o magistrado”³³.

A identidade histórica, no pensamento de Ackerman, é produto da atividade dos magistrados. Nesse caso, o “auto”, de “autogoverno”, é substituído por “extra”, e a fonte da autoridade estatal se afasta da vontade popular. Esse fenômeno assola todas as instituições representativas, ainda que, na prática, esse modelo acabe prevalecendo na atualidade. Para realizar o ideal republicano do “governo do povo, para o povo, pelo povo”³⁴, é necessário buscar a *identificação direta* entre a autoridade do direito e a manifestação da vontade popular.

29 *Legitimidade*, no constitucionalismo republicano, expressa a qualidade de uma norma ou decisão fundada na vontade popular. O antônimo de legitimidade é a *ilegitimidade* ou *autoritarismo*. Como examinado, tanto Bickel como Ackerman submetem a sociedade aos ditames de uma ordem que, em última análise, não representa os seus anseios. Disso resulta o *autoritarismo* do constitucionalismo desses autores.

30 Ackerman refere-se à República Norte-Americana como uma estrada de ferro em que passa um trem com a sociedade norte-americana. Os juízes vão sentados no vagão dos operários. Os condutores são os governantes. Os cidadãos nos vagões de passageiros. Olhando para trás, os juízes são capazes de enxergar a dualidade da realidade política. A percepção mais nítida, no entanto, é das montanhas, que simbolizam os momentos constitucionais. À medida que o trem segue adiante, fica cada vez mais difícil perceber os traços de cada montanha no cenário jurídico. Com o tempo, juízes morrem, outros tomam seu lugar. Claro que não possuem a mesma visão dos antigos: sua visão é moldada segundo as experiências pessoais e profissionais, assim como segundo as novas visões abertas com o passar do trem por novas paisagens. Durante toda a viagem, os juízes permanecem no vagão de operários. Não ocupam a locomotiva, arguindo a direção que o trem deve tomar. Nem o vagão de passageiros, observando ansiosos as cenas que se passam. A cada nova estação, os passageiros possuem a opção de ordenar que o trem desvie do seu trajeto e tome novo trilho, em direção a uma montanha no horizonte. Na maioria das vezes, contudo, os passageiros não dão muita atenção a essa opção. O trem segue adiante. E os juízes continuam seu esforço para compreensão da paisagem. ACKERMAN, Bruce. *Constitutional Politics/Constitutional Law*. *Yale Law Journal*, v. 99, n. 3, p. 547, 1999.

31 Para outra revisão do pensamento de Michelman e interpretação do seu diálogo com os teóricos do seu tempo, cf. CONSANI, Cristina Foroni. Os apontamentos de Frank Michelman sobre o paradoxo da democracia constitucional. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 42, jan./jun. p. 75-98, 2013.

32 MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 4-77, 1986. p. 65.

33 MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 4-77, 1986. p. 65.

34 A referência é feita à célebre manifestação de Abraham Lincoln em Gettysburg.

Michelman rejeita a alternativa da democracia direta. As dimensões geográficas e populacionais das nações modernas apresentam um limite fático a que se realize um engajamento generalizado da população em torno de um debate público coerente e unificado. A participação do povo em um sistema de deliberação direta pode ter sido possível em Atenas ou em Genebra, mas é certamente impraticável em um Estado moderno. Com essa compreensão, Michelman critica a política nacional de Ackerman, que acreditava ser possível identificar, em momentos especiais da história, uma mobilização suficientemente forte para expressar a vontade do povo.

O professor de Harvard chega, então, a uma conclusão drástica: (i) como a realização do autogoverno é impossível em uma comunidade maior que a Genebra de Rousseau, e (ii) tendo em vista que a opção pela representação popular antes suprime que realiza a liberdade, (iii) o princípio do autogoverno é um ideal impraticável na sociedade contemporânea.

Como superar essa crise da legitimidade?

A resposta de Michelman é sugestiva, e pode ser compreendida do seguinte modo. Quando a dimensão do “real” (modelo representativo) e do “imaginário” (política nacional de democracia direta) se apresentam como perspectivas incapazes de oferecer uma solução ao impasse da legitimidade, a solução deve ser encontrada em uma “terceira dimensão”: o *simbólico*. A Suprema Corte é o espaço em que, simbolicamente, o autogoverno popular se realiza. Olhando para a Corte, mirando seu modo de refletir, de argumentar e de decidir, cada cidadão, em uma república, deveria ter a oportunidade de apreender os valores que exprimem a verdadeira consciência democrática.

4. A COMUNIDADE SIMBÓLICA: A SUPREMA CORTE

A estratégia argumentativa de Michelman segue a seguinte estrutura. Após criticar o modelo representativo por sua incapacidade de exprimir a vontade popular, e condenar o republicanismo direto por sua impraticabilidade na sociedade moderna, Michelman apresenta o que acredita ser a única possibilidade de legitimação da autoridade nos dias de hoje. A solução deve ser encontrada na Suprema Corte³⁵. Segundo o autor, essa Corte simboliza o modelo de comunidade discursiva que deve, na medida do possível³⁶, ser seguido pela sociedade:

[...] como resultado, as cortes, e especialmente a Suprema Corte, parecem ter como uma de suas funções modelar o autogoverno ativo que se encontra pragmaticamente acima do alcance dos cidadãos. Incapazes, como uma nação, de praticar nosso próprio autogoverno (no sentido completo, positivo), nós – ou em qualquer proporção nós da ‘classe racional’ – podemos, pelo menos, identificar, no autogoverno do Judiciário, como nós o construímos idealmente³⁷.

35 MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 4-77, 1986. p. 74. Michelman reconhece que essa perspectiva pode soar como um “fetichismo da corte”, mas, ainda segundo o autor, sugere “possibilidades otimistas da ideia da Corte como bastião de (seu próprio) autogoverno”, em que a sociedade deve inspirar-se para realizar sua liberdade.

36 O pragmatismo de Michelman pode ser interpretado de duas formas. Pelo lado positivo, demonstra a capacidade de o autor pensar a realidade sempre com a finalidade de apresentar uma proposta de solução viável. Pelo lado negativo, serve como uma fuga para os limites de sua teoria. Edwin Baker esclarece que “na minha leitura dos ensaios de Michelman, apesar da clareza ao longo do texto, tenho achado surpreendentemente difícil compreender o resultado final. Frequentemente ele apresenta um problema difícil que causa perplexidade, cuidadosamente oferecendo soluções atraentes, mas muito simplistas, e justamente quando chega o momento para ele tirar o coelho (ou pato) da cartola, ele diz, ‘não, o problema é real’. Minha confusão ou insatisfação é certamente um problema meu — e eu reconheço que a falta de solução e a complexidade da situação humana são provavelmente elas mesmas partem do ponto pragmático de Michelman. Contudo, na leitura de seu escrito dialético, eu tenho a impressão de que ele constantemente antecipa todas as minhas objeções e propostas. Talvez ele tenha feito isso de novo”. Sobre o tema, cf. BAKER, C. E. Michelman on Constitutional Democracy. *Tulsa Law Review*, v. 39, p. 543-544, 2003.

37 MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 4-77, 1986. p. 74.

O processo de votação da Corte é compreendido por seus próprios membros como parte de um debate moral — sobre a justiça, sobre a identidade do povo e sobre a unidade da instituição. A Corte, ao deliberar e decidir, está construindo a liberdade dentro de si própria, e, assim, “autogovernando-se”. Na estrutura do governo constitucional norte-americano, a Suprema Corte seria o único espaço em que é possível observar a realização desse ideal de liberdade, para Michelman. Em outras palavras, é a única comunidade organizada em torno de processo deliberativo que constrói e realiza a liberdade. O exercício da liberdade, em outros termos, é um processo racional e aditivo: a Corte alimenta um ciclo em que a cada deliberação e a cada decisão aumenta-se os limites de sua liberdade.

A ideia de legitimidade da decisão da Suprema Corte que Michelman apresenta encontra-se em algum lugar entre a posição assumida por Bickel e por Ackerman. A legitimidade, no pensamento de Bickel, é condicionada a um olhar esperançoso para o futuro: a decisão de hoje é legítima se for assimilada pela opinião pública amanhã. Ackerman, por sua vez, concebe a legitimidade com base em uma visão generosa sobre o passado: a decisão legítima de hoje é a que expressa, com rigor, a vontade manifestada pelo povo em algum momento da história. A qualificação da legitimidade, segundo uma substância no futuro ou no passado, afasta o papel exercido pela Corte da real vontade popular.

No caso de Michelman, essa separação entre a atuação da Corte e a vontade do povo não existe. “Michelman escapa desse problema de interpretação colapsando a distinção entre a Corte e o que ela representa”³⁸. O presente e o passado deixam de significar fontes em que se identifica a vontade popular. A Corte representa a nação no presente; simboliza, para todos os cidadãos, a possibilidade de uma comunidade se autogovernar. Como? *Dando o exemplo. O exemplo da possibilidade de nossa liberdade, ainda que, na prática e em toda a sua escala, ela seja inalcançável.* O valor de sua forma de ação esparrama-se por toda a comunidade política, por meio dos valores e das leis. Assim vai se formando o simbolismo de Michelman, em uma espécie de ode à reconstrução intelectual e contínua das consciências.

Ao negar o conceito de representação da vontade popular e apostar na exemplaridade da Suprema Corte como ambiente deliberativo e difusor da liberdade em uma democracia, Michelman acredita superar a conotação supostamente autoritária do pensamento de Ackerman, que subordina a cidadania presente aos valores de nossos antepassados. Em Michelman, a decisão da Suprema Corte não necessita recorrer à vontade expressa pela população em determinado momento do passado. A corte de Michelman envolve-se na “construção de uma narrativa constitucional em que o passado figura, mas não controla.”³⁹ O problema de interpretação, nesse caso, é um problema do diálogo entre os membros da corte e não uma busca da verdadeira vontade do “povo” e seus limites. A interpretação é caracterizada como mais um elemento do autogoverno e não como “uma medida externa de autoridade legítima”⁴⁰. O que confere legitimidade ao julgamento não é a maior ou menor referência a uma realidade no passado ou no futuro, mas, sim, o pleno respeito às condições de deliberação entre os membros da Corte.

5. A TERCEIRA MARGEM DA COMUNIDADE DE MICHELMAN

Michelman recorre a espécie de simbolismo para libertar a sociedade dos extremos de representatividade superficial e da democracia direta impossível. Contudo, para cumprir esse objetivo, acaba por submeter a sociedade à vontade superior de uma única instituição: a Suprema Corte. O preço que lhe é cobrado para cumprir sua proposta republicana é alto demais. Em vez de libertar, arrisca aprisionar o povo na ilusão de que a cúpula do judiciário é capaz de realizar, em seu lugar, o ideal republicano do autogoverno.

38 KAHN, Paul. Community in Contemporary American Constitutionalism. *Yale Law Journal*, v. 99, n. 1, p. 1-85, 1989. p. 34.

39 KAHN, Paul. Community in Contemporary American Constitutionalism. *Yale Law Journal*, v. 99, n. 1, p. 1-85, 1989. p. 35.

40 KAHN, Paul. Community in Contemporary American Constitutionalism. *Yale Law Journal*, v. 99, n. 1, p. 1-85, 1989. p. 35.

As marcas “autoritárias” desse modelo constitucional saltam aos olhos pelo exame de duas premissas implícitas na seguinte tese de Michelman: *apenas é possível realizar a liberdade positiva no Estado recorrendo ao simbolismo da Suprema Corte*. A primeira premissa implícita nessa afirmação consiste em dizer que (i) não é possível realizar a liberdade positiva diretamente na sociedade a não ser pela via da Suprema Corte. A segunda premissa, por sua vez, está na asserção de que (ii) a liberdade simbólica alcançada por meio do processo deliberativo da Suprema Corte reverbera sobre toda a sociedade.

A afirmativa inicial — de que não é possível ampliar a liberdade diretamente pela própria sociedade — é ao menos questionável.

Robert Cover⁴¹, em quem o próprio Michelman se inspira na elaboração de sua obra⁴², demonstrou que a liberdade de um povo e a autoridade do estado compõem uma relação em contínua tensão. Cover, como Michelman, vê a sociedade como um *nomos*, um universo normativo constituído por emaranhado de instituições, regras e valores, que incluem “certo e errado”, “jurídico e anti-jurídico”, “válido e o nulo”⁴³. Esse *nomos* avança em meio a dupla dinâmica de gênese (*jurisgenesis*) e de morte (*jurispathic*) do direito. Uma onda de criação tende a neutralizar a outra de extinção, à medida que a sociedade avança. O judiciário, pela interpretação e aplicação das normas, conduz a dinâmica de reconstrução contínua do direito oficial. Mas, ao mesmo tempo, as restrições do direito e dos “gabinetes oficiais”, como diz Cover, tende a limitar o olhar do magistrado. É por isso que o constitucionalismo deveria, também, mirar além da fronteira do mundo oficial, para os novos “*nomos*” criados pela ação e resistência dos movimentos da sociedade civil.

A segunda afirmativa — que presume a capacidade da Suprema Corte de realizar a liberdade em nome da sociedade — promete muito mais do que de fato entrega. Essa transmissão da liberdade institucional para a realidade se daria, em Michelman, por espécie de *símbolo*, um ato quase mágico, uma fé cujas bases Michelman não tenta – ou não consegue⁴⁴ – explicar. O judiciário nem sempre delibera. E, mesmo quando delibera, não é capaz de romper com os limites paralisantes de sua própria tradição. Seu *nomos* é muito menor que os mundos sociais em que vivemos e, assim, sua escolha parece sempre ser contida. É por isso que o posicionamento do Supremo se altera com alguma frequência. É por isso que tão ou mais relevantes do que os aparentes acertos, no curto prazo, são os efeitos-ricochete no médio e longo prazos.⁴⁵

Os dois mundos da teoria constitucional de Michelman — governo da Suprema Corte e governo do povo — na verdade não se dão as mãos. E, a não ser por um simbolismo frágil, uma promessa difícil expressa na ação da Suprema Corte, não se vê, até o momento no constitucionalismo de Michelman, um esforço para “construir o conteúdo dos pronunciamentos de autoridade da Suprema Corte em uma política do consenso”⁴⁶.

A liberdade, segundo o constitucionalismo de Michelman, é alcançada — quando muito — pela imaginação. A mente observa a atuação da Suprema Corte, vê o diálogo compatibilizar as diferenças, percebe como ocorre a construção conjunta da liberdade entre os magistrados... e pensa: “eu posso ser livre”. Realidade e imaginação ocupam o mesmo espaço na teoria de Michelman. Em relação a essa relação intrincada, Michelman crê exsurgir a liberdade humana. Crer na capacidade de a sociedade projetar sua liberdade no papel

41 COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, v. 97, p. 4-68, 1983.

42 Michelman reconhece a influência de Cover em seu pensamento e, para ele, dedica *The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government*: “esse ensaio é para ele. Eu espero que mostre bem sua inspiração” MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 4-77, 1986. p. 4.

43 COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, v. 97, p. 4-68, 1983. p. 4.

44 Em *Law's Republic*, Michelman apresenta uma explicação para essa conexão simbólica entre a Suprema Corte e a sociedade. A tentativa, contudo, é falha em diversos aspectos, como se examinará adiante, quando do exame da reformulação que Michelman faz de sua própria teoria.

45 KLARMAN, Michael. How Brown Changed Race Relations: The Backlash Thesis. *Journal of American History*, v. 81, n. 1, p. 81-118, 1994.

46 KAHN, Paul. Community in Contemporary American Constitutionalism. *Yale Law Journal*, v. 99, n. 1, p. 1-85, 1989. p. 35.

desempenhado pela Suprema Corte parece pobre, especialmente se considerada a complexidade da teoria do autor e o fato de uma parcela pequena da sociedade conseguir se identificar com a função jurisdicional apresentada por Michelman. A ode ao aprendizado pela mímica distante, de um oficialismo árido, é aposta singela demais para ancorar a esperança republicana de realização democrática.

A ironia com que o autor certa vez⁴⁷ avaliou a teoria de Ackerman agora pode ser utilizada contra ele próprio: por que, para a definição do futuro do país, a decisão tomada por nove juízes da Suprema Corte⁴⁸ é mais importante que a decisão de toda a sociedade? Por que devem cidadãos, em sociedade marcada pelas diferenças profundas de valor e pela altíssima desigualdade, aceitar o aprendizado alheio em seu nome? Na tentativa de solucionar o autoritarismo do passado, Frank Michelman acaba por construir um elitismo judicial. Em artigo subsequente — *Law's Republic*, o professor de Harvard tenta abrandar esse elitismo, valorizando o papel da sociedade na determinação do poder e aproximando-a dos magistrados da Suprema Corte. Em que pese ao avanço de seu pensamento, o *simbolismo* de Michelman se mantém inalterado, como se passa a examinar.

6. A RECONSIDERAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO DE MICHELMAN: A APROXIMAÇÃO ENTRE A SUPREMA CORTE E O POVO

O mérito da construção teórica do professor de Harvard em *Law's Republic* consiste em esclarecer como a decisão judicial influencia e é influenciada pelo povo. A explicação a esse fenômeno se dá a partir do desenvolvimento de dois termos, cuja base remonta a Robert Cover: a *jurisgenesis* e a *reconstrução normativa* (*recollection*).

A interação entre os cidadãos é regida por uma política *jurisgenativa*⁴⁹. Como o próprio vocábulo indica, a *jurisgenesis* é o processo pelo qual o povo cria as próprias normas e, assim, governa-se. A política, segundo essa ideia, reflete a discussão de alternativas retiradas de “um fundo de referências normativas concebidas como narrativas, analogias e outros juízos de preferência”⁵⁰ compartilhado entre todos os cidadãos. Ao longo do tempo, esse contexto é reexaminado pela própria comunidade, o que denota uma permanente reflexividade da política e do direito⁵¹.

A *jurisgenesis* se inicia em uma conversação popular, em que os cidadãos expressam suas opiniões a respeito da identidade coletiva, no intuito de responder a questões sobre como deveriam viver. Mas não se encerra por aí. Envolve as demais instituições do Estado, incluindo o Judiciário. Cumpre às cortes, na visão de Michelman, presidir a *jurisgenesis*, realizando uma “assistência da manutenção” do diálogo. Essa função consiste em frear a tendência autoritária da maioria e reforçar o compromisso inclusivo da democracia. O Judiciário, nesse contexto, traz para a sociedade aqueles que estão à margem do debate público e cuja visão diferenciada somente pode contribuir para o enriquecimento da comunidade.

A decisão judicial obedece ao procedimento de *reconstrução normativa*⁵². Esse procedimento exige que toda

47 MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 4-77, 1986. p. 65.

48 A Suprema Corte dos Estados Unidos é composta por nove juízes, indicados pelo Presidente da República e confirmados pelo Senado Federal.

49 A terminologia é extraída do trabalho de Robert Cover. COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, v. 97, p. 4-19, 1983.

50 MICHELMAN, Frank I. Law's Republic. *Yale Law Journal*, v. 97, n. 8, p. 1493-1537, 1987. p. 1513.

51 Para um debate sobre a relação entre política e direito, cf. MICHELMAN, Frank I. Bringing the Law to Life: A Plea for Disenchantment. *Cornell Law Review*, v. 74, p. 256-269, 1988 e FISS, Owen. The Death of the Law? *Cornell Law Review*, v. 72, p. 1-16, 1986.

52 O conceito de recoletagem (*recollection*) é adaptado do pensamento de CORNELL, Drucilla. Institutionalization of Meaning, Recollective Imagination, and the Potential for Transformative Legal Interpretation. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 136, p. 1171-1172, 1988.

decisão promova uma nova análise das pretensões normativas que integram o fundo único de referência da comunidade. O magistrado, nesse processo, decide após analisar e debater as informações acessíveis nesse fundo de referência. Uma vez tomada a decisão, passa ela a integrar esse mesmo fundo para futuras consultas. O mesmo ocorre com as deliberações populares. Os participantes do processo deliberativo decidem com base no fundo de referência da sociedade. A norma então aprovada volta para o fundo, tornando-se referência para futuras decisões.

A *jurisgenesis* e a *reconstrução cognitiva* permitem a Michelman compreender a relação entre o Judiciário e o povo como uma relação entre *macrocosmo* e *microcosmo*⁵³. Juízes e cidadãos se influenciam mutuamente: a decisão tomada por um determina e é determinada pela decisão tomada pelo outro. Com essa fórmula, Michelman identifica a decisão tomada pela Corte e as pretensões de fundamentação elaboradas pela sociedade em um mesmo fundo de referência. E, assim, tenta aliviar o elitismo do Judiciário que amargou sua teoria do republicanismo constitucional em *The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government*⁵⁴.

Outra forma de se entender a posição de Michelman, nos termos em que reelaborada em *Law's Republic*⁵⁵, é imaginar sua teoria como uma tentativa de dissipação, na sociedade, de toda autoridade concentrada no Judiciário, sobretudo na Suprema Corte. Dizer que a decisão judicial segue o processo de *reconstrução cognitiva* significa, em certa medida, reconhecer que essa decisão respeitou a pluralidade de opiniões do povo que compõem o fundo de referência e, por isso, é legítima. Assim apresentada a questão, a decisão judicial que obedecer ao processo de *reconstrução cognitiva* será necessariamente legítima.

7. O SIMBOLISMO E A SEPARAÇÃO ENTRE A “VOZ DA SUPREMA CORTE” E A “VOZ DO POVO”

O novo modelo teórico de Michelman oculta, mas não elimina o *elitismo judicial*. Ao enfatizar o processo decisório pelo qual a decisão judicial é produzida, Michelman aproxima a voz da Suprema Corte da vontade popular. Os magistrados, antes de se manifestarem, devem consultar o povo e debater. Essa decisão, pensa Michelman, seria suficiente para garantir uma afinidade entre as razões da decisão e os anseios do povo, sustentando, assim, a legitimidade do direito produzido.

Não parece tão simples. A aproximação entre a Corte e o povo, no constitucionalismo de Michelman, não é suficiente para estabelecer um ponto de contato entre a autoridade do direito manifestada na decisão judicial e a vontade popular. Mantém-se, na essência, uma separação radical entre a ordem que governa a vida em sociedade e os verdadeiros anseios do povo. Essa disjunção revela uma tensão autoritária que se disfarça sob um manto simbólico: a ilusão de que a vontade popular se expressa, com pleno vigor, na decisão da Suprema Corte.

Os pontos críticos do pensamento de Michelman, identificados no processo de decisão judicial, podem ser assim sintetizados:

(i) o debate e o julgamento dos magistrados ocorre “fora da” — e não “com a” — sociedade, afastando a vontade do julgador da vontade do povo;

(ii) o fundo de referência em que os magistrados vão buscar seus fundamentos de decisão pode ser tra-

53 A referência à relação entre judiciário e sociedade como uma relação entre microcosmo e macrocosmo significa que o primeiro universo está necessariamente contido no segundo. Toda manifestação do microcosmo, nessa imagem, necessariamente integrará o macrocosmo. Isso implica dizer que qualquer decisão tomada pela Suprema Corte — última instância judicial — estará obrigatoriamente conforme à vontade popular e, portanto, será dotada de legitimidade. Para isso, apenas é necessário que se obedeça ao procedimento de recoletagem (*recollection*) e que a decisão seja procedida de um debate aberto sobre as razões de decidir.

54 MICHELMAN, Frank I. *The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government*. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 4-77, 1986. p. 65.

55 MICHELMAN, Frank I. *Law's Republic*. *Yale Law Journal*, v. 97, n. 8, p. 1493-1537, 1987.

balhado pelo juiz-artesão⁵⁶ e ganhar infinitas formas, todas dotadas de legitimidade, ainda que radicalmente contrárias às pretensões da sociedade; e

(iii) a decisão judicial tomada pela Suprema Corte não pode ser contestada pelo povo, pois os juízes são os mais capacitados a ler as informações contidas no pano de fundo alimentado pela sociedade.

Os três pontos críticos são claramente compreendidos a partir de uma comparação entre o processo de decisão da Suprema Corte apresentado por Michelman e a alegoria narrada por Platão no Livro VII da República: *O Mito da Caverna*⁵⁷. Os juízes de Michelman, tal como os reis-filósofos de Platão, são os únicos a se libertarem das correntes que aprisionam o povo, por gerações e gerações, no fundo da caverna. Ao percorrerem o caminho que conduz ao seu exterior, a luminosidade permite aos juízes perceber a realidade com uma nitidez inacessível ao povo preso dentro da caverna. São eles os únicos a enxergar a verdade das coisas e, por isso, os mais preparados para conduzir o povo em direção ao mundo da justiça.

Michelman exige que os juízes, antes de cada decisão, retornem à caverna e ouçam os anseios dos cidadãos acorrentados. Esse procedimento, contudo, não garante qualquer sintonia entre a opinião popular e a decisão que será tomada. Após o contato com a sociedade, os juízes retornam para o lado de fora da caverna para o momento sublime. Distante do povo, o processo de decisão se inicia: os juízes dialogam, compartilham argumentos e, um a um, vão apresentando seus votos. Com o posicionamento vencedor em mãos, eles retornam para a caverna para transmitir o resultado ao povo.

A parábola demonstra que é possível distinguir, no modelo de Michelman, dois níveis de percepção da realidade. A primeira, a consciência popular, severamente ofuscada pela escuridão da caverna, que a impede de determinar os limites do próprio conhecimento. A segunda, a consciência dos magistrados, mais preparados para compreender o processo de *jurisgenesis* e coordenar a *reconstrução cognitiva*, bem como para entender o ideal de justiça. Enquanto a contribuição do povo ocorre por “conversações não conscientes em igrejas, *pubs* e locais de trabalho”⁵⁸, os juízes são os verdadeiros responsáveis por conferir consciência a essa compreensão e transformá-la em realidade.

Essa separação entre juízes e povo inerente ao processo de *jurisgenesis* mascara uma diminuição substancial do papel da sociedade na condução do seu próprio destino. No fim das contas, o povo de Michelman é regido pela autoridade das normas ditadas pelos magistrados da Suprema Corte, sobre as quais a cidadania não exerce qualquer controle. O povo não possui garantias — salvo uma profissão de fé — de que a decisão judicial respeitará o processo de *reconstrução cognitiva* para extrair a vontade do povo.

A doutrina de Michelman pressupõe o consenso de que os juízes são os mais habilitados a decidir e, por isso, a eles deve ser conferida a prerrogativa da última palavra sobre o direito. Mas com uma condição: desde que prometam que, antes de cada decisão, descerão à caverna para ouvirem a opinião do povo. Embora os magistrados assumam o compromisso de respeitar essa condição, nada garante que, realmente, cumprirão sua palavra. Algum dia, talvez não estejam se sentindo bem, talvez estejam cansados da “pressão” popular ou, simplesmente, estejam exaustos com o grande número de casos que têm pra decidir. Juízes, antes de mais nada, são seres humanos, com suas qualidades e defeitos. E, como tais, podem descumprir o prometido. Dessa situação o constitucionalismo de Michelman não trata. A pergunta é inevitável: por que o destino de toda a sociedade deve estar submetida a uma promessa “violável”?

56 A comparação entre a atividade do magistrado e a de um artesão é apresentada por KAHN, Paul. Reason and Will in the Origins of American Constitutionalism. *Yale Law Journal*, v. 98, n. 3, p. 449-517, 1989.

57 PLATÃO. *República*. 4. ed. Livro VII. Lisboa: Fundação Carlos Gusbenkian, 1983.

58 ABRAMS, Kathryn. Law's Republicanism. *Yale Law Journal*, v. 97, p. 1591-1608, 1987. p. 1596.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pergunta central que direciona o pensamento de Michelman, nas décadas de 1980-1990, consiste em saber se é possível a existência de algum governo que seja compatível com o ideal republicano do autogoverno popular. A base de reflexão de que o autor parte é a seguinte: o povo é politicamente livre na medida em “que os cidadãos se governem coletivamente”, mas que “sejam governados por leis e não por homens”⁵⁹.

Michelman pretende realizar esse objetivo superando a crise de legitimidade que assola a tradição *judicialista* norte-americana. Para isso, busca ultrapassar os limites do critério de legitimidade apresentado por Bickel, que considera legítima a decisão que venha a ser assimilada pela sociedade, e por Ackerman, para quem a legitimidade é a qualidade de uma decisão compatível com a vontade do povo manifestada em algum momento no passado.

Na sociedade contemporânea, a justificação da autoridade do direito não deve ocorrer com recurso ao sistema representativo da vontade popular, tampouco pelo sistema de democracia direta. Segundo Michelman, a única instituição em que é possível a realização do princípio republicano do autogoverno, no sistema de governo constitucional, é a Suprema Corte. E isso, admite o autor, apenas *simbolicamente*.

Tanto em sua primeira fase, em *The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government*, como em sua elaboração seguinte, *Law’s Republic*, a teoria constitucional de Michelman se funda nesse simbolismo, que limita liberdade da sociedade para conduzir o “trem da história”. A tentativa de Michelman de olhar para a *terceira margem*, identificada nas decisões dos magistrados da Suprema Corte, como forma de superar o distanciamento entre o real e o ideal, camufla uma diminuição substancial da liberdade do povo de guiar o próprio destino.

O sentido dessa orientação intelectual para a democracia constitucional pode ser bastante sensível. Pois o mesmo simbolismo que fecha o circuito entre povo e suas leis, entre a vontade e a ordem, entre passado e presente, também é o simbolismo que pede calma e confiança exagerada na elite judicial. Quando tudo falta, muito mais importante do que a fé nos símbolos, no topo do regime, é a fé na ação transformadora do engajamento cívico na base da sociedade.

Em *A Terceira Margem do Rio*, o protagonista de Guimarães Rosa vive aprisionado em uma ilusão que lhe impede de evoluir. Para se libertar dessa eterna fase de transição, o menino deve abandonar o simbolismo e assumir a condução da própria vida. O constitucionalismo republicano de Michelman, do mesmo modo, deveria abandonar a ilusão de que a Suprema Corte é capaz de realizar, por si, o princípio do autogoverno na sociedade contemporânea e, assim, voltar sua atenção para a possibilidade de se afirmar esse ideal pela participação cívica na elaboração de seu futuro. Sem miragens, sem subterfúgios, com reconstrução.

REFERÊNCIAS

ABRAMS, Kathryn. Law’s Republicanism. *Yale Law Journal*, v. 97, p. 1591-1608, 1987.

ACKERMAN, Bruce. Constitutional Politics/Constitutional Law. *Yale Law Journal*, v. 99, n. 3, p. 453-547, 1999.

ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *Yale Law Journal*, v. 93, p. 1014-1072, 1984.

ALONSO, Gabriela L. *Introdução*. In: ACKERMAN, Bruce. *La Política del Diálogo Liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999.

59 MICHELMAN, Frank I. Law’s Republic. *Yale Law Journal*, v. 97, n. 8, p. 1493-1537, 1987. p. 1500.

- ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte Anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 187-202.
- BAKER, C. E. Michelman on Constitutional Democracy. *Tulsa Law Review*, v. 39, p. 511-546, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. A Razão sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. Nova York: Vail-Ballou Press, 1962.
- COELHO, Eduardo Prado. Tríades. In: BERARDINELLI, Cleonice. *Figuras da Lusofonia*. Lisboa: Instituto Camões, 2002.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Poder Normativo das Cortes Constitucionais: o Caso Brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, Número Especial, p. 15-27, 2015.
- CONSANI, Cristina Foroni. Os apontamentos de Frank Michelman sobre o paradoxo da democracia constitucional. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 42, jan./jun. p. 75-98, 2013.
- CORNELL, Drucilla. Institutionalization of Meaning, Recollective Imagination, and the Potential for Transformative Legal Interpretation. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 136, p. 1135-1229, 1988.
- COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, v. 97, p. 4-68, 1983.
- FISS, Owen. The Death of the Law? *Cornell Law Review*, v. 72, p. 1-16, 1986.
- KAHN, Paul. Community in Contemporary American Constitutionalism. *Yale Law Journal*, v. 99, n. 1, p. 1-85, 1989.
- KAHN, Paul. Reason and Will in the Origins of American Constitutionalism. *Yale Law Journal*, v. 98, n. 3, p. 449-517, 1989.
- KLARMAN, Michael. How Brown Changed Race Relations: The Backlash Thesis. *Journal of American History*, v. 81, n. 1, p. 81-118, 1994.
- LEAL, Fernando. *Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 9, n. 33, p. 123-165, out./dez. 2015.
- MICHELMAN, Frank I. Bringing the Law to Life: A Plea for Disenchantment. *Cornell Law Review*, v. 74, article 2, p. 256-269, 1988-1989.
- MICHELMAN, Frank I. Bringing the Law to Life: A Plea for Disenchantment. *Cornell Law Review*, v. 74, p. 256-269, 1988.
- MICHELMAN, Frank I. Ida's Way: Constructing the Respect-Worthy Governmental System. *Fordham Law Review*, v. 72, p. 345-366, 2003.
- MICHELMAN, Frank I. Law's Republic. *Yale Law Journal*, v. 97, n. 8, p. 1493-1537, 1987.
- MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 4-77, 1986.
- OLIVEIRA, Luís Claudio Vieira de. O Eu por Detrás de Mim: Semiótica e Psicanálise em Guimarães Rosa. In: MENDES, Lauro Belchior et al. *A Astúcia das Palavras: Ensaios sobre Guimarães Rosa*. Belo Horizonte:

UFMG, 1998.

PLATÃO. *República*. 4. ed. Livro VII. Lisboa: Fundação Carlos Gusbenkian, 1983.

ROSA, João Guimarães. A Terceira Margem do Rio. In: ROSA, Guimarães. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: Judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. *The partial constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

SUNSTEIN, Cass R.; STONE, Geoffrey R.; EPSTEIN, Richard A. *The Bill of Rights and the modern state*. Chicago, Illinois: University of Chicago Press, 1992.

THAYER, James B. The Origin and the Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, v. 7, p. 129-156, 1893.

TRIBE, Lawrence. *American Constitutional Law*. 2 ed. Nova York: The Foundation Press Inc., 1988.

WHITE, G. Edward. Reflections on the “Republican Revival”: Interdisciplinary Scholarship in the Legal Academy. *Yale Journal of Law & the Humanities*, v. 6, Iss. 1, Article 2, p. 1-36, 1994.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Medida provisória e controle de constitucionalidade: relevância, urgência e pertinência temática

The provisional measure under the constitutionality control: relevance, urgency and thematic congruency

Clarice G. Oliveira

José Levi Mello do Amaral Júnior

Medida provisória e controle de constitucionalidade: relevância, urgência e pertinência temática*

The provisional measure under the constitutionality control: relevance, urgency and thematic congruency

Clarice G. Oliveira**

José Levi Mello do Amaral Júnior***

RESUMO

Este artigo aborda a medida provisória sob a ótica do controle de constitucionalidade, tratando dos principais julgados pelo Supremo Tribunal Federal que definiram o entendimento jurisprudencial sobre dois pontos cruciais dessa espécie normativa: i) reconhecimento da faculdade precípua do Poder Executivo julgar a relevância e a urgência quando da edição da medida provisória, mas sem prejuízo da eventual revisão judicial; e ii) inconstitucionalidade das emendas sem pertinência temática com o texto original incorporadas no projeto de lei de conversão. A análise do posicionamento da Corte tem por base as declarações proferidas em Ações Diretas de Inconstitucionalidade, com destaque para ADI 2.213-MC, ADI 2.150/DF, ADI 4.048/DF e ADI 5.127/DF, enfatizando os termos dos Acórdãos e os principais argumentos que embasam as decisões. A pesquisa não contempla análise minuciosa de cada ação que transita no Tribunal relacionada com edição de medida provisória, mas, sim, procede a uma seleção para destacar casos emblemáticos que estabeleceram um padrão para a consolidação da jurisprudência na matéria. A importância do tema justifica-se pelo impacto que a legiferação de urgência possui no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no que se refere ao respectivo volume, cenário que se mantém razoavelmente constante há décadas, e as implicações da jurisdição constitucional. Dessa forma, os esclarecimentos procedimentais que vêm sendo feitos sobre a importância do cumprimento dos requisitos formais para a edição e a tramitação de medida provisória operam no sentido de limitar, de alguma forma, o uso do instituto em prol da preservação dos mandamentos constitucionais que orientam a democracia brasileira.

Palavras-chave: Medida provisória. Controle de constitucionalidade. Urgência. Relevância. Emendas.

ABSTRACT

This article explores the provisional measure from the viewpoint of constitutionality control, dealing with the ruling by the Brazilian Federal Su-

* Artigo convidado

** Doutoranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília-DF, Brasil. E-mail: clarice.oliveira@gmail.com

*** Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP, São Paulo-SP, Brasil, e do Mestrado e do Doutorado em Direito do UniCEUB, Brasília-DF, Brasil. E-mail: jose.levi@usp.br

preme Court that defined the jurisprudential understanding on two crucial points concerning this type of norm. First, the recognition of the Executive Power ability to judge the relevance and the urgency of issuing a provisional measure. Second, the unconstitutionality of the amendments without thematic pertinence with the original text incorporated in the Draft Law of Conversion by the Parliament. The analysis of the Court's position is based on the statements made in Direct Unconstitutionality Actions, especially ADI 2.213-MC, ADI 2.150/DF, ADI 4.048/DF and ADI 5.127/DF, highlighting the terms of the decision and its main points. The research does not contemplate a detailed analysis of each action related to the provisional measure edition, but rather a selection carried out with the objective of highlighting emblematic cases that established the standard for the consolidation of jurisprudence. The importance of the theme is justified by the impact that the legislation of urgency has in the Brazilian legal system, especially regarding the volume of such emanations, a scenario that has remained constant for decades, and the consequences of applying the constitutional control. Thus, the procedural clarifications that have been made about the importance of complying with the formal requirements for issuing the provisional measure and its legislative path operates in the sense of limiting, in some way, the use of the institute in favor of preserving the constitutional mandates that guide Brazilian democracy.

Keywords: Provisional measure. Constitutionality control. Urgency. Relevance. amendment.

1. INTRODUÇÃO

A existência do instituto da medida provisória (MP) entre as faculdades legislativas do Presidente da República no Brasil já foi palco de maiores controvérsias entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, o que culminou com a revisão das regras constitucionais para edição da medida, afastando, expressamente, determinadas temáticas do escopo autorizativo e revisando procedimentos de tramitação. As alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 32 (EM 32) ao art. 62 da Constituição ocorreram para esclarecer as possibilidades de edição e vedar a reedição infinita (substituída por uma única prorrogação), mantendo inalterados os principais elementos que devem motivar a edição da medida provisória: os pressupostos de relevância e urgência.

Boa parte das vedações de casos para edição trazidas pela EM 32 tem por objetivo aprimorar o controle sobre o uso do instituto, tendo em vista a preservação e proteção de direitos fundamentais por meio da inserção de travas à possibilidade de editar MP em situações que possam afetar esses direitos. A definição do rol matérias vedadas decorreu, em parte, de experiências concretas e debates no Parlamento, bem como do aprendizado proveniente de alguns casos levados aos tribunais¹. A inserção de vedação para tratar de matéria de direito penal e processual penal está relacionada com o julgamento da ADI n. 162-1, movida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra a Medida Provisória n. 111, a partir do qual o Supremo Tribunal Federal (STF) alterou sua jurisprudência sobre o controle dos requisitos de relevância e urgência para edição de medidas provisórias².

A presença ou não desses pressupostos foi objeto de ajuizamento de várias ações no STF, questionando medidas provisórias emitidas. Clève³ enfatiza que o controle da atividade legislativa do Executivo deve ser exercido tanto pelo Congresso Nacional quanto pelo Judiciário, esse último sob provocação. Sua atuação pode invalidar MPs que extrapolem a temática passível de abordagem ou que não atendam aos pressupostos autorizadores estabelecidos na Constituição. Tal demanda por uma atuação mais ativa esbarra nos próprios

1 DA ROS, L. *Decretos presidenciais no banco dos réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988-2007)*. 2008. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 143-160.

2 STF. Tribunal Pleno. ADI n. 162-1/DF, medida liminar, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.09.1997.

3 CLÈVE, C. M. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

contornos constitucionais que, de um lado, estabelecem definição aberta de relevância e urgência e, de outro, como não poderia deixar de ser, circunscrevem o acionamento do tribunal a casos específicos. Os países que adotam instrumentos de legislação extraordinária pelo Executivo similares à medida provisória costumam admitir tanto o controle pelo Legislativo quanto pelo Judiciário, restrito a pressupostos e certas matérias⁴.

O recurso ao tribunal constitucional por parte de partidos políticos, confederações sindicais e entidades de classe, é denominado por Carvalho⁵ como *policy seeking approach*, uma maneira de contestação quando a legislação contraria os interesses ou preferências desses atores. Na democracia, grupos de interesse tendem a levar suas disputas para o Judiciário, em particular o STF, para “desempatar o jogo” ou buscar uma vitória na prorrogação⁶. De fato, cerca de 53% das ADI propostas contra MPs vigentes foram ajuizadas por partidos políticos⁷.

O poder da oposição não pode ser subestimado. Se a oposição não alcança sucesso no âmbito estritamente parlamentar – fala-se do controle da atividade normativa do Executivo – ainda pode provocar a atuação do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade diante da legitimação conferida pelo art. 103 da CF às Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados (que devem encampar representação nesse sentido formulada pela oposição) ou ainda aos partidos políticos com representação do Congresso Nacional. Como se vê, não é pequena a possibilidade de atuação da oposição.”⁸

A Corte torna-se uma instância de debate de MPs, possivelmente com tempo insuficiente para o julgamento de mérito das ADIs propostas em decorrência da vigência efêmera desses instrumentos antes de sua conversão em lei. Não é raro o arquivamento da ADI por perda do objeto uma vez concluída a tramitação da matéria, sendo incomum a concessão de medida liminar. Ademais, a jurisprudência consolidada do STF considera “prejudicadas as ações diretas atacando leis de vigência temporária que tenham perdido eficácia no curso do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade” (ADI n. 1.355, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 6.3.2001).

Neste artigo, aborda-se a perspectiva do controle da edição de medidas provisórias pelo Judiciário, que reconheceu a faculdade precípua do Executivo apreciar a relevância e a urgência para o ato, mas sem prejuízo da eventual revisão judicial, bem como a decretação da inconstitucionalidade da presença de temáticas dissonantes ao texto original da medida provisória. São exploradas as perspectivas da doutrina sobre o controle judicial de MPs e decisões do STF em casos específicos.⁹ A partir de pesquisa na jurisprudência sobre a matéria emanada pelo STF, foram selecionados os casos paradigmáticos, seja porque abordaram a temática pela primeira vez ou porque referenciam múltiplas decisões posteriores. Esses casos tratam de questões centrais para o entendimento da Corte sobre os pressupostos constitucionais de relevância e urgência, bem como do trâmite legislativo específico das medidas provisórias, estabelecendo um padrão para a consolidação da jurisprudência na matéria.

4 CLARK, G. Medidas provisórias. *Revista de Informação Legislativa*, v. 29, n. 113, p. 169, 1992.

5 CARVALHO, E. Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política. *Análise Social*, v. 44, n. 191, p. 315-335, 2009. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/41012717>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

6 AMARAL JÚNIOR, J. L. M. *Medida provisória: edição e conversão em lei - teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 158.

7 DA ROS, L. *Decretos presidenciais no banco dos réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988-2007)*. 2008. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p.119.

8 CLÈVE, C. M. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 140.

9 MENDES, G. F. O controle de Constitucionalidade das Medidas Provisórias. *Revista Jurídica Virtual*, v. 1, n. 2, 1999; MAIA, C. A. Medida provisória: controle jurisdicional dos pressupostos que a legitimam - relevância e urgência. *Revista Imes*, v. 7, n.12, p. 137-172, jan./dez. 2006; MAMARI FILHO, L. S. S. O controle concentrado de constitucionalidade e a intercorrente conversão em lei de medida provisória. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 170, p. 235-243, 2006; OLIVEIRA, V. L. L. Controle constitucional da lei de conversão pela ausência dos pressupostos de relevância e urgência na edição da medida provisória. *Revista de Informação Legislativa*, v. a. 44, n. 173, p. 285-301, 2007; AMARAL JÚNIOR, J. L. M. Medida provisória da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: um balanço de 1988 a 2008. In: G. F. Mendes; BRANCO, P. G. G.; VALE, A. R. do (Ed.). *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*, 2010. AMARAL JÚNIOR, J. L. M. *Medida provisória: edição e conversão em lei - teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012; CLÈVE, C. M. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Dessa forma, a análise do posicionamento da Corte baseia-se nas declarações proferidas em Ações Diretas de Inconstitucionalidade, com destaque para ADI 2.213-MC, ADI 2.150/DF, ADI 4.048/DF e ADI 5.127/DF, enfatizando os termos dos Acórdãos e os principais argumentos que embasam as decisões. O estabelecido no julgamento dessas ADI sedimenta a importância do cumprimento dos requisitos formais para a edição e para a tramitação de medida provisória, e opera no sentido de limitar, de alguma forma, o uso do instituto em prol da preservação dos mandamentos constitucionais que orientam a democracia brasileira.

2. O RECONHECIMENTO DA FACULDADE PRECÍPUA DO EXECUTIVO JULGAR A RELEVÂNCIA E A URGÊNCIA

A apreciação pelo STF da presença dos requisitos materiais de relevância e urgência em medidas provisórias editadas pelo Presidente da República é ato extraordinário, conforme estabelecido na jurisprudência do Tribunal e manifestado em diversas decisões¹⁰. A interpretação consolidada é de que cabe ao Chefe do Poder Executivo a apreciação discricionária sobre eles:

os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes. A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apoia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais.¹¹

A existência dos requisitos de relevância e urgência objetiva contrabalançar a possibilidade excepcional do poder de legislar concedida pelo constituinte ao Presidente. São espécies de travas orientadoras para que a edição de medidas provisórias seja reservada a situações excepcionais (relevantes) que exijam resposta legislativa rápida (urgentes). Sua existência reforça o caráter discricionário¹² da decisão. Os requisitos constitucionais de relevância e urgência devem estar presentes simultaneamente, mas são de natureza eminentemente política¹³. Consequentemente, a sua apreciação é um juízo político: primeiramente do Chefe do Executivo quando de sua adoção, posteriormente do Congresso Nacional. Nesse ponto, cumpre lembrar que o art. 62 da Constituição também faculta ao Congresso efetuar juízo prévio ao exame da MP sobre o atendimento aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência. Aos parlamentares caberia exercer controle repressivo de constitucionalidade sobre as MPs¹⁴. A participação do Supremo Tribunal Federal nesse tipo de avaliação aproximaria, portanto, o Judiciário da esfera do jogo político, o que favorece a politização da justiça¹⁵.

Por tratar de matéria de lei, parece haver pouco espaço para contestar a relevância da MP¹⁶. A relevância pode ser entendida como o atendimento ao interesse da sociedade, isto é, ao interesse público, não apenas

10 ADI n. 2.150, Rel. Min. Ilmar Galvão; ADI n. 2.332-MC, Rel. Min. Moreira Alves; ADI n. 2.527-MC, Rel. Min. Ellen Gracie.

11 STF ADI n. 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em: 04.04.02. DJ: 23.04.04.

12 O termo “discricionário” é usado no sentido de ato de vontade, que pode ser adotado ou não, presentes os pressupostos. Nesse ponto, não se confunde com o caráter indeterminado dos conceitos de relevância e urgência.

13 AMARAL JÚNIOR, J. L. M. *Medida provisória: edição e conversão em lei - teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

14 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 633

15 FERREIRA FILHO, M. G. Poder Judiciário na Constituição de 1988: Judicialização da política e politização da Justiça. *Revista de Direito Administrativo*, n. 198, p. 1-17, out-dez, 1994.

16 Nesse sentido opina MENDES – vide Notas taquigráficas da Sessão de 15 de maio de 2002 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

da matéria tratada, mas, também, da situação ensejadora¹⁷. Na literalidade, contudo, a Constituição refere-se tão somente à relevância. Quanto à urgência, está associada ao juízo, mais uma vez político, de oportunidade e conveniência. A urgência do provimento decorreria da necessidade de disciplinar e aplicar, imediatamente, o disposto na norma, sob pena de prejuízo para a sociedade.

Concluindo, tem-se que a relevância mencionada no artigo 62 da Constituição Federal é a providência que se impõe em determinada situação para tutelar interesse público, cujas peculiaridades e especificidades da matéria que veicula reclamam especial atenção e excepcional atuação do Estado, e cujo objetivo só será alcançado por meio da medida provisória, inexistindo outro instrumento hábil a fazê-lo. Já a urgência referida no citado artigo, consubstancia-se em uma hipótese que requer positividade premente, não sendo possível aguardar o tempo necessário do processo legislativo ordinário, nem mesmo socorrendo-se da alegação de urgência no trâmite, facultada no artigo 64, §§ 1º e 2º, da Lei Maior, sob pena de ocasionar riscos ou danos à coletividade.¹⁸

O subjetivismo dos vocábulos relevância e urgência dificulta o controle *a posteriori* do Congresso e do Judiciário¹⁹, mas não o afasta nem implica que não tenham densidade significativa:

Do fato de “relevância” e “urgência” constituírem noções vagas, de contornos indeterminados, resulta apenas que, efetivamente, muitas vezes por-se-ão situações duvidosas nas quais não se poderá dizer, com certeza, se retratam ou não hipóteses correspondentes à previsão abstrata do art. 62. De par com elas, entretanto, ocorrerão outras tantas em que será indubitável a existência de relevância e urgência ou, pelo contrário, indubitável que existem. Logo, o Judiciário sempre poderá se pronunciar conclusivamente nos casos de “certeza negativa” ou “positiva”, tanto como reconhecer que o Presidente não excedeu os limites possíveis dos aludidos conceitos naquelas situações de irremissível dúvida, em que mais de uma interpretação seria razoável, plausível.²⁰

A questão da relevância pode ser compreendida materialmente, isto é, por tratar de matéria de lei. Logo, a MP é relevante e essa questão seria menos suscetível de discussão em juízo, por envolver julgamento de cunho político; a urgência, por sua vez, está atrelada a “um juízo político de conveniência e oportunidade”, mas que admite, na jurisprudência brasileira, o emprego de critérios objetivos na sua avaliação²¹: ao Judiciário, mormente ao Supremo Tribunal Federal, não é dado definir o que seja urgente, mas é dado afirmar — à luz de critérios temporais objetivos — o que não seja urgente. A observância do princípio da anterioridade tributária é um dos indicadores constitucionais da urgência, por exemplo.

Ora, se editada sem a observância dos pressupostos que a legitimam — urgência e relevância —, a medida provisória afrontará diretamente comando constitucional expresso e princípios constitucionais, impondo-se a intervenção do Judiciário, pois é papel deste controlar as leis oriundas do Poder Legislativo — órgão típico para criá-las —, muito mais no caso da medida provisória, cuja competência, atribuída ao chefe do Executivo, é excepcional.²²

Percebe-se, portanto, que a doutrina se divide entre aqueles que, conforme assentado na jurisprudência do STF, entendem que não cabe o controle judicial dos requisitos de urgência e relevância, por serem de juízo político, e aqueles que acreditam que os parâmetros constitucionais devem sim ser apreciados pela Corte. Contudo, no caso concreto, a avaliação do Judiciário sobre os pressupostos de urgência e relevância de uma medida provisória concorre contra o tempo: a análise enfrenta a eficácia imediata e o trâmite mais rápido da espécie normativa. Pode-se argumentar que tais características não seriam, de fato, empecilhos, posto que qualquer ação direta de inconstitucionalidade enfrenta lei vigente e que, na ocorrência de decretação de inconstitucionalidade, os efeitos da decisão teriam que ser regulados. Entretanto, considerando-se que uma

17 CLÈVE, C. M. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 171-173.

18 CLÈVE, C. M. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 159.

19 MACIEL, A. F. Medida Provisória e Segurança Jurídica. In: ROCHA, C. L. A. (Ed.). *Constituição e Segurança Jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 264.

20 MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 134

21 AMARAL JÚNIOR, J. L. M. *Medida provisória: edição e conversão em lei - teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

22 MAIA, C. A. Medida provisória: controle jurisdicional dos pressupostos que a legitimam - relevância e urgência. *Revista Imes*, v. 7, n.12, p. 137-172, jan./dez. 2006. p. 165.

medida provisória trata de matéria relevante e urgente, infere-se que seu impacto jurídico tende a ser potencialmente maior, no mínimo porque se dá desde sua publicação; logo, a sua reversão, também, incorreria na necessidade de lidar com situações fáticas possivelmente complexas.

Em 2000, em liminar concedida na ADI nº 2.348-9/DF, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, teria sido a primeira vez²³ que o STF fulminou MP por não cumprir o requisito constitucional de urgência:

ao julgar a ADI-MC 2.348-9/DF, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia de dispositivo da Medida Provisória nº 2.037-24, de 23.11.2000, relativo à ampliação de isenção na Zona Franca de Manaus. O Supremo Tribunal Federal deferiu a medida liminar, entre outros argumentos, por não considerar objetivamente configurada situação de urgência a legitimar a adoção de medida provisória para a simples ampliação do prazo de isenção.²⁴

Tratavam-se de casos específicos, e o assentamento definitivo sob a avaliação dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência somente ocorreria em 2002, com o julgamento da ADI nº 2.150/DF:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 11 E 18 DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.925-5, SUCESSIVAMENTE REEDITADA ATÉ O ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32/2001. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, CAPUT; 37, 62, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os dispositivos em referência, ao atribuírem aos órgãos de trânsito o registro de ônus reais sobre veículos automotivos de qualquer espécie, não ofendem as normas constitucionais indicadas. **Os requisitos de relevância e urgência para edição de medida provisória são de apreciação discricionária do Chefe do Poder Executivo, não cabendo, salvo os casos de excesso de poder, seu exame pelo Poder Judiciário.** Entendimento assentado na jurisprudência do STF. Ação julgada improcedente.²⁵

Outro ponto a considerar é a conversão da medida provisória em lei, o que tornaria inócua a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal do cumprimento dos requisitos de relevância e urgência:

ao tratar da medida provisória, o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de que a superveniência da lei de conversão torna superada eventual contestação do preenchimento dos requisitos de urgência e relevância: “Medida provisória. Superação, por sua conversão em lei, da contestação de preenchimento dos requisitos de urgência e relevância. STF, Tribunal Pleno, ADI 1.417-0, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 23.03.2001.²⁶

Tal entendimento é perfeitamente cabível tendo em vista que a aprovação da MP pelo Congresso Nacional atua como validação da relevância da disciplina e o próprio provimento de urgência, com eficácia imediata, já regulou a situação que o ensejou. A urgência demanda ação imediata, que foi tomada com a edição da medida. Não havendo lacuna de vigência entre a MP e a sanção do projeto de lei de conversão, preservam-se as relações jurídicas acobertadas pela primeira²⁷.

O projeto de lei de conversão é peculiar espécie normativa primária, autônoma com relação à medida provisória que lhe deu origem²⁸. Havendo inconstitucionalidade por vício próprio e peculiar à medida provisória, o correto seria fulminar, apenas, a medida no período em que vigeu, preservando-se a sua respectiva lei de conversão.

23 AMARAL JÚNIOR, J. L. M. Medida provisória da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: um balanço de 1988 a 2008. In: G. F. Mendes; BRANCO, P. G. G.; VALE, A. R. do (Ed.). *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*, 2010.

24 OLIVEIRA, V. L. L. Controle constitucional da lei de conversão pela ausência dos pressupostos de relevância e urgência na edição da medida provisória. *Revista de Informação Legislativa*, v. 44, n. 173, p. 288, 2007.

25 STF. ADI 2.150/DF, Relator Min. Ilmar Galvão, Data de Julgamento: 11.09.2002, Tribunal Pleno, DJ: 29.11.2002, grifo nosso.

26 OLIVEIRA, V. L. L. Controle constitucional da lei de conversão pela ausência dos pressupostos de relevância e urgência na edição da medida provisória. *Revista de Informação Legislativa*, v. 44, n. 173, p. 295, 2007.

27 Conforme os seguintes parágrafos do Art. 62 da CF:

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

28 AMARAL JÚNIOR, J. L. M. *Medida provisória: edição e conversão em lei - teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 234.

Julgado pertinente a propósito é a ADI nº 4.048, movida contra a MP nº 405, de 18 de dezembro de 2007, que abriu crédito extraordinário em favor de órgãos do Poder Executivo e da Justiça Eleitoral. Nessa ADI foi concedida medida liminar, em 14 de maio de 2008, já na vigência da Lei de conversão (Lei nº 11.658, de 16 de abril de 2008). A petição inicial afirmou que a abertura de crédito extraordinário, mesmo por medida provisória, deve ser reservada a despesas imprevisíveis e urgentes, tais como as decorrentes de guerra, calamidade pública ou comoção interna (Constituição, art. 167, § 3º) e que os créditos concedidos fugiam a essa característica. O que era posto em questão não era somente a qualificação da medida provisória como relevante e urgente, mas, especialmente, o caráter excepcional do crédito aberto. Note-se: o vício é material, não formal. A matéria em causa — abertura de crédito extraordinário — é própria de medida provisória, não de lei. À lei é dado abrir créditos orçamentários outros. Porém, no que se refere ao crédito extraordinário, quando muito, a lei apenas o confirma, o que não é possível no caso em razão da inconstitucionalidade reconhecida. Em seu voto, o relator, Min. Gilmar Mendes pontua:

ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de *relevância* e *urgência* (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de *imprevisibilidade* e *urgência* (art. 167, §3º) recebem densificação normativa da Constituição. Em outras palavras, os termos *imprevisíveis* e *urgentes*, como signos linguísticos de natureza indeterminada, são delimitados semanticamente, ainda que parcialmente, pelo próprio texto constitucional.²⁹

Não se questionava a pertinência do instituto da medida provisória. Ao contrário, afirmava-se, tanto na petição inicial quanto no voto do relator, sua adequabilidade para a abertura de crédito extraordinário. Tratava-se, portanto, de análise do efetivo e real enquadramento dos créditos abertos pela MP na categoria de “crédito extraordinário”, única espécie orçamentária passível de manejo em MP. O ponto era o objeto do crédito, que se relacionava muito mais a despesas previsíveis: aquisição de imóvel para sediar cartório eleitoral, ações para implantação da TV digital no país, ações preventivas contra a introdução do vírus da gripe aviária, despesas com a manutenção de sistemas informatizados de processamento de dados (SIAFI, SISCOMEX), liquidação de dívidas de órgão extinto, capitalização da Telebrás, entre outras. Vinte ministérios foram citados como beneficiários, além da Presidência da República e da Justiça Eleitoral. Contudo:

Não é possível negar que, nesses casos, existem fatos relevantes que necessitam, impreterivelmente, de recursos suficientes para evitar o desencadeamento de uma situação de crise. É preciso bem observar, porém, que são aportes financeiros destinados à adoção de mecanismo de prevenção em relação a situações de risco previsíveis. A situação de crise ainda não está configurada, de modo que faltam os elementos da imprevisibilidade e da urgência para caracterizar a necessidade da abertura do crédito extraordinário.³⁰

A crítica do relator circunscreve-se à abertura de créditos suplementares e especiais travestidos de extraordinários como medida provisória. À época, estimava-se a existência de mais de vinte MPs similares. Foi acompanhado no voto pela maioria dos Ministros.

Por outro lado, o Min. Cezar Peluso não conheceu do pedido por não entender crédito como lei, apenas ato complexo que chama a participação do Legislativo sob o título formal de lei, o que o excluiria da apreciação da Corte.

Já o Min. Ricardo Lewandowski indeferiu a cautelar sob o argumento de que o *periculum in mora* milita a favor da Administração, com efeitos concretos já exauridos no tempo.

Quando da concessão da cautelar, a MP já havia sido convertida em lei. O Acórdão publicado destacou que a Lei de conversão não convalida os vícios existentes, suspendendo a vigência da Lei n. 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008.

A resolução de mérito aconteceu apenas em 2011, sob a relatoria da Min. Ellen Gracie, que julgou pre-

29 STF ADI 4.048/DF, relator Min. Gilmar Mendes, Medida Cautelar deferida em 14.05.2008, DJe: 23.05.2008

30 STF ADI 4.048/DF, relator Min. Gilmar Mendes, Medida Cautelar deferida em 22.05.2008, DJe: 23.05.2008.

judicada a ação, acatando os argumentos da Procuradoria-Geral da República (PGR) e da Advocacia-Geral da União (AGU) que apontavam o encerramento temporal da vigência dos créditos extraordinários com o encerramento do exercício financeiro de 2008. Seja como for, a ADI n. 4.048/DF mantém sua importância por representar momento de virada no entendimento do STF sobre o cabimento ou não de controle abstrato de constitucionalidade de lei orçamentária.

O seguimento de ação direta de inconstitucionalidade, após a conversão em lei da medida provisória objeto de questionamento, dependerá, de acordo com Mamari Filho³¹, da “modalidade” da inconstitucionalidade em análise: se de caráter formal ou material. Sendo material, há duas possibilidades: i) sem aditamento da petição inicial caso o texto da lei de conversão seja idêntico ao da MP; ou ii) ajuizamento de nova ação direta caso o texto contenha alterações, restando prejudicada a ação inicial. Se a contestação for de aspecto formal, a conversão em lei suprime o vício e, conseqüentemente, esvazia o objeto da ADI. Não obstante, a jurisprudência varia: às vezes, reconhecendo a convalidação, outras negando-a.

Cumprido lembrar que a MP não escapa à jurisdição do Judiciário somente em torno dos pressupostos, pois há outros elementos a serem avaliados:

então compete ao Judiciário o controle formal de edição de medida provisória, concernente aos procedimentos que devem ser adotados o controle material de constitucionalidade, quanto ao conteúdo mesmo da medida, se atenta ou não contra o sentido das normas constitucionais, e quanto aos pressupostos de relevância e urgência, se os fatos ensejadores da edição os contém. Portanto, o controle dos pressupostos não é tarefa apenas do Congresso Nacional, não é somente político, mas é também tarefa do Judiciário, uma vez que tem um cariz jurídico-constitucional, infringindo expresso dispositivo constitucional, se inexistentes. É, sem dúvida, condição de validade do ato.³²

Embora a contestação de medida provisória no STF possa ser bem-sucedida em alguns casos em caráter liminar, há raras ocorrências de julgamento de mérito de ADI desfavorável ao Executivo³³. Não se pode desmerecer a importância da manifestação liminar, pois esta coloca o Tribunal como partícipe do processo, o que pode vir a influenciar o trâmite da MP no Congresso Nacional. Quando se trata da análise de mérito, entretanto, em relação a 339 ações estudadas por Da Ros, apenas onze situações foram identificadas, nas quais ocorreu a manifestação final da Corte; nas demais, o decurso do tempo teria sido o maior impeditivo para que a análise fosse concluída:

agindo desta maneira, o tribunal preserva inalterado o *status quo* decorrente da edição do aludido decreto, mas não se pronuncia diretamente em contrariedade ao que foi pleiteado pelo proponente da ação. Desta forma, a Corte ainda evita ser identificada seja como governista seja como opositorista e preserva o discurso e a feição de imparcialidade em seus julgamentos, administrando mais do que decidindo o conflito que a ela chega.³⁴

Com efeito, um Tribunal cuja missão precípua é a guarda da Constituição exerce o seu papel levando em consideração o contexto e as conseqüências da decisão a ser tomada no caso em análise, inclusive no que se refere à sua repercussão no ordenamento jurídico. As ações diretas de inconstitucionalidade contra medida provisória têm levantado debates importantes na Corte e têm sido, como os casos abordados ilustram, relevantes fontes para firmar entendimentos, consolidar ou revisar a jurisprudência.

31 MAMARI FILHO, L. S. S. O controle concentrado de constitucionalidade e a intercorrente conversão em lei de medida provisória. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 170, p. 235–243, 2006.

32 ALVES JÚNIOR, L. C. M. A fundamentação da medida provisória: requisito de legitimidade constitucional e garantia do Estado Democrático de Direito. *Revista do CAAP*, v. 2, n. 3, p. 250, 1997.

33 DA ROS, L. *Decretos presidenciais no banco dos réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988-2007)*. 2008. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

34 DA ROS, L. *Decretos presidenciais no banco dos réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988-2007)*. 2008. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 142.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA NÃO PERTINÊNCIA TEMÁTICA NO PROJETO DE LEI DE CONVERSÃO

A exigência de uniformidade temática na medida provisória decorre não somente da necessidade de evitar o aparecimento dos assim chamados “jabutis” ou “contrabandos legislativos” — temas diversos da matéria tratada e que surgem ao longo da tramitação legislativa por meio de emendas parlamentares ao texto original —, mas também, para garantir a uniformidade da temática abordada, com questões afins, conforme determina a Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, que “dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal”.

A questão ganhou relevância no debate sobre as medidas provisórias pela prática de ampliação da proposta original, aproveitando-se da sua tramitação mais acelerada. Em 2009, o então presidente da Câmara dos Deputados foi instado a manifestar-se sobre o tema após as questões de ordem n. 478 (rejeição de emendas pelo presidente da Casa diante da não instalação de comissão mista para avaliar a matéria), e n. 480 (rejeição de emenda apresentada à MP n. 460/2009), ambas originalmente indeferidas. Na oportunidade, admitiu que abordavam tema relevante e que os deputados, ao encararem a MP como um projeto de lei, acabam sugerindo muitas emendas que, na verdade, objetivam enxertar na MP projetos de lei já discutidos em algum momento; contudo, dever-se-ia fazer esforço para encarar a MP na sua originalidade: uma medida excepcionalmente produzida pautada pelos critérios de urgência e relevância³⁵. Em sua decisão, considerou a LC n. 95/1998, art. 7º, incisos I e II; a Resolução n. 1, de 2002/CN, art. 4º, § 4º; e o Regimento Interno, art. 125; todos versando sobre a inadmissibilidade de matéria estranha ao objeto do projeto de lei em debate. Sintetiza da seguinte forma:

- a) serão inadmitidas emendas estranhas ao núcleo material das medidas provisórias, aí incluída eventual inserção de matéria estranha pelo Relator;
- b) não instalada a Comissão Mista, a competência para recusá-las é do Presidente da Câmara dos Deputados enquanto tramitar nesta Casa;
- c) se recusada a emenda, o autor poderá recorrer ao Plenário.³⁶

A prática, contudo, não foi firmemente abandonada, levando o presidente a flexibilizar sua decisão posteriormente, mas o tema não foi esquecido. Já na presidência de Henrique Eduardo Alves, na análise da questão de ordem n. 352, de 2013, no âmbito da discussão da MP n. 621/2013, sobre o Programa Mais Médicos, nova decisão foi proferida no sentido de obrigar nova avaliação da comissão mista da medida provisória, se emendas ou o projeto de lei de conversão contrariassem a regra da afinidade, pertinência ou conexão com o objeto original³⁷.

Feito esse preâmbulo sobre o assunto, chega-se ao objeto principal desse tópico: a jurisprudência sobre a questão estabelecida pelo STF na ADI n. 5.127/DF, de relatoria da Min. Rosa Weber. Proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL), tinha por objeto a Lei n. 12.249, de 11 de junho de 2010, de conversão da MP n. 472/2009, que tratava de temas diversos e desconexos, como Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento de Infraestrutura da Indústria Petrolífera nas Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, Regime Especial de Aquisição de Computadores para uso Educacional, ajustes no Programa Minha Casa Minha Vida, Taxa de Fiscalização dos mercados de seguro, de capitalização e da previdência privada aberta, entre outros. O ponto questionado era a inserção de emenda dos deputados que modificou a regulamentação da profissão de contador, disciplinada pelo Decreto-Lei n. 9.295, de 27 de maio

35 Discurso proferido em plenário e disponível em <http://www2.camara.leg.br>.

36 TEMER, M. *Decisão do Presidente de inadmitir emendas estranhas ao núcleo material das medidas provisórias*. 2009. Disponível em: <<http://camara.leg.br>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

37 SANTOS, L. A. *MP: patinho feio do processo legislativo*. Disponível em: <<http://www.diap.org.br/index.php/noticias/artigos/25238-mps-patinho-feio-do-processo-legislativo>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

de 1946. Destaca-se que, desde a origem, a MP abordava diversas temáticas, mas o foco da ação era somente a alteração incluída no projeto de lei de conversão (PLV) que extinguiu a validade da habilitação de técnico em contabilidade, substituindo-a pelo bacharelado em Ciências Contábeis e exame de proficiência como requisitos para registro profissional junto ao Conselho Regional de Contabilidade.

A referida ADI, entretanto, somente foi proposta em 2014, quase quatro anos depois da sanção do PLV, questionando todo o art. 76 da Lei n. 12.224/2010. O lapso temporal justifica-se porque o dispositivo questionado geraria maior impacto a partir de junho de 2015, conforme previsto na própria norma. A petição inicial alega acoplamento indevido de nova norma ao projeto de lei de conversão, ampliando a vontade originária do Presidente quando da edição da MP, violando o art. 2º (separação de poderes) da Constituição e usurpando competência para emitir as disposições normativas urgentes e relevantes:

“ao ver da autora da presente ação direta, ao pôr-se, o Parlamento, em paralelo ao Executivo, sob a ótica da iniciativa de medidas provisórias, mediante o emprego desse tipo de expediente, gera-se uma fratura da ordem do sistema da divisão de poderes, aliás ocorrente em todas as oportunidades em que um poder invade o terreno reservado a outro ou pratica atos próprios daquele (usurpação institucional). É certo que as medidas provisórias podem ser objeto de emendas parlamentares. Emendas, contudo, que se situem no mesmo campo normativo da MP, que não desbordem dos horizontes tidos em mira pelo legislador executivo ao acionar esse excepcional mecanismo de legislação; emendas que possam aperfeiçoar o instrumento normativo, espancar eventuais contradições, harmonizá-lo sistematicamente, expungir erros materiais etc. Tudo isso está no mundo das atribuições parlamentares no processo de conversão em lei das medidas provisórias. Já o aproveitamento da medida para fins que não foram os originariamente pretendidos importa numa oportunista apropriação indébita do poder que, em regra, o Parlamento não teria. Ora, se os poderes são independentes e se as iniciativas do processo legislativo se encontram taxativamente previstas na Constituição Federal, no caso das medidas provisórias atribuídas exclusivamente ao Presidente da República, tal iniciativa, embora abojada no mesmo texto, agride, sem sombra de dúvida, o disposto no art. 2º de nossa Carta Republicana.”³⁸

A alegação de inconstitucionalidade formal, embora tente sustentar-se no art. 2º da Constituição, na verdade, ataca o processo de tramitação da medida provisória e o desrespeito à obrigatoriedade de manutenção de pertinência temática entre as emendas apresentadas pelos parlamentares e a matéria originalmente disciplinada, o chamado “contrabando” legislativo que foi objeto de entendimentos distintos pelo próprio Congresso Nacional, conforme visto anteriormente. Também argumenta violação do art. 5º, inciso XIII, da Constituição, (direito ao livre exercício profissional), pois somente lei específica poderia tratar do assunto, não PLV. Solicita suspensão cautelar de eficácia da norma, entre outros motivos, pela impossibilidade do livre exercício da profissão aos formandos dos cursos de nível médio em contabilidade.

O Conselho Federal de Contabilidade, ouvido na ação na qualidade de *amicus curiae*, sustentou a improcedência da Ação, posto que é de livre iniciativa da União legislar sobre regulamentação de profissões. Em sua manifestação, a PGR afirmou que a inserção, pelo Congresso Nacional, de dispositivo sem pertinência temática com o texto original não fere dispositivos constitucionais, tampouco o PLV deixa de ser instrumento apto para disciplinar a regulamentação de profissão. Não haveria, portanto, ofensa aos arts. 2º e 5º da Constituição. A AGU também se manifestou pela improcedência do pedido.

A relatora, Min. Rosa Weber, em seu voto, afirma que a tese central da ADI tem a ver com a existência de vício formal: “a impossibilidade de introdução, pelo Congresso Nacional, de matéria completamente nova em projeto de lei de conversão de Medida Provisória”. Atenta para a controvérsia em torno do assunto, destaca que a legitimidade para alterar o texto original da MP é reconhecida na Constituição, art. 62, § 12: “§ 12. Aprovado **projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória**, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.”

O poder de emenda é inerente à função parlamentar, sendo indiferente se a norma é de iniciativa reserva-

38 Trecho da petição inicial. Autos disponíveis em <http://www.stf.jus.br>.

da ou não, mas somente legítimo quando guarda “estrita relação de afinidade temática” com o texto original, entendimento afirmado pelo STF em julgados anteriores³⁹. Assevera:

a incorporação de emenda parlamentar sobre matéria estranha às versadas na medida provisória implica permitir que se instaure o rito legislativo anômalo previsto excepcionalmente na Carta Política para a conversão de medida provisória em lei quanto à matéria não submetida ao Congresso Nacional na forma do art. 62, *caput*, da Constituição da República. Mais do que o poder de emenda, significa conferir ao parlamentar a titularidade de iniciativa para, esquivando-se do procedimento para aprovação das leis ordinárias, submeter propostas legislativas avulsas ao rito dos projetos de lei de conversão, aproveitando-se da tramitação de medida provisória sobre outra matéria.⁴⁰

A inserção de emendas sem pertinência temática constituiria violação do direito ao devido processo legislativo, pois os prazos exíguos prejudicam o exame aprofundado e a participação de atores interessados no debate, tornando a matéria inserida, ela mesma, imune a emendas⁴¹. As emendas sobre a regulamentação da profissão de contabilista foram inseridas no Senado e apreciadas na Câmara dos Deputados cerca de quinze dias depois, ocasião em que foram aprovadas no plenário⁴².

O voto da Min. Rosa Weber pela procedência da Ação e inconstitucionalidade do art. 76 da Lei n. 12.249/2010 por violação formal dos arts. 2º, 62 e 84, inciso XXVI, da Constituição foi vencido em plenário. Na avaliação dos efeitos, a ministra distinguiu o caso em análise de julgados anteriores – ADI n. 4.090, que questionou a constitucionalidade do PLV de criação do ICMBio e do HC n. 70.154/RS, que reconheceu, incidentalmente, como ainda constitucional a lei que assegurava prazo em dobro às Defensorias Públicas para manifestação processual. Propõe como alternativas as soluções de reconhecimento da inconstitucionalidade das emendas sem pertinência temática aprovadas após a edição da Resolução n. 1/2002 do CN, ou o afastamento da inconstitucionalidade de medidas provisórias convertidas em lei que até o julgamento da ação em questão não tiveram sua constitucionalidade questionada.

Essa preocupação com as consequências da decisão alinha-se com a visão de Carlos Maximiliano sobre a interpretação da lei:

preocupa-se a Hermenêutica, sobretudo depois que entraram em função de exegese os dados da Sociologia, com o resultado provável de cada interpretação. Toma-o em alto apreço; orienta-se por ele; varia tendo-o em mira, quando o texto admite mais de um modo de o entender e aplicar. Quanto possível, evita uma consequência incompatível com o bem geral; adapta o dispositivo às ideias vitoriosas entre o povo em cujo seio vigem as expressões de Direito sujeitas a exame (1). Prefere-se o sentido conducente ao resultado mais razoável (2), que melhor corresponda às necessidades da prática (3), e seja mais humano, benigno, suave (4).⁴³

Seguiu-se debate entre os Ministros sobre os efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade, o que demonstra clara preocupação do Tribunal com a situação das normas aprovadas e vigentes que porventura incorressem no mesmo caso, isto é, vislumbavam a importância de preservação da segurança jurídica do sistema. O Voto do Ministro Fachin, que divergiu da relatora quanto à procedência do pedido,

39 Precedentes citados pela relatora: ADI 1.333/RS, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgamento em 29.10.2014, DJe 18.11.2014; ADI 2.583, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 01.8.2011, DJe 26.08.2011; ADI 2.305, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 30.06.2011, DJe 05.08.2011; ADI 3.288/MG, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgamento em 03.10.2010, DJe 24.02.2011; RE 134.278, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 27.05.2004, DJ 12.11.2004; ADI 2.350/GO, Relator Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgamento em 25.3.2004, DJ 30.04.2004; ADI 546/DF, Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgamento em 11.3.1999, DJ 14.04.2000; ADI 1.050/SC, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 21.9.1994, DJ 23.04.2004; ADI 2.681/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 11.9.2002, DJe 24.10.2013; ADI 574/DF, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgamento em 03.6.1993, DJ 11.3.1994; ADI 973 MC, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 19.12.2006; ADI 2.813, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 26.8.2011; ADI 2.887, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 06.8.2004.

40 ADI 5.127/DF, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgamento em 15.10.2015, DJe 27.10.2015.

41 Voto proferido pela Relatora na ADI 5.127/DF.

42 A tramitação da matéria e os pareceres proferidos podem ser consultados em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?idProposicao=464520.

43 MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 135

mas convergiu na necessidade de estabelecer parâmetro para o futuro, foi o modelo para a decisão da Corte, cabendo a este redigir o Acórdão⁴⁴:

vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar improcedente o pedido formulado na ação direta, com a **cientificação do Poder Legislativo de que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento, ex nunc, de que não é compatível com a Constituição da República a apresentação de emendas parlamentares sem relação de pertinência temática com medida provisória submetida à apreciação do Congresso Nacional**, ressalvado o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso, que propôs o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade do costume, bem como da constitucionalidade da Resolução do Congresso Nacional que regulamenta a matéria. Restaram vencidos os Ministros Rosa Weber (Relatora), Marco Aurélio, e Ricardo Lewandowski, que julgavam procedente o pedido, e, em maior extensão, o Ministro Dias Toffoli, que o julgava improcedente.⁴⁵

Destaca-se que o Min. Fachin correlacionou os requisitos de urgência e relevância, entendidos como de juízo político prévio do Presidente da República, com o processo legislativo de análise da medida provisória, no qual não seria possível tratar de temas distintos daqueles fixados como urgentes e relevantes:

Ressalte-se que na jurisprudência da Corte a discussão sobre a pertinência temático-material é pacificada no que se refere ao objeto original de iniciativa normativa submetida à cláusula de reserva (iniciativa privativa), como se vê no precedente fixado na ADI 1050 MC (Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 21.09.1994, DJ 23.04.2004) e em caso similar recentemente julgado na ADI 4.433 (de relatoria da Min. Rosa Weber, julgada em 18/06/2015, DJe 01.10.2015).

[...] o fato de a Constituição não ter expressamente disposto no art. 62 a impossibilidade de se transbordar a temática da Medida Provisória, não significa que o exercício da faculdade de emendar pelo Congresso Nacional seja incondicionado. É o que se vê, por exemplo, ao se constatar que as demais limitações previstas ao poder de emenda (exemplificativamente as previstas nos arts. 61, § 1º, 84, 63, I, II, 166, §§ 3º e 4º) também se aplicam àquelas apresentadas ao projeto de conversão de medida provisória. Assim, a menção à ausência de vedação expressa no texto da Constituição sobre a possibilidade de emenda com conteúdo diverso daquele que originou a Medida Provisória não afasta qualquer processo de cotejo interpretativo que abranja parâmetros implícitos, decorrentes de sua interpretação sistemática e unitária.⁴⁶

Os debates deixaram claro que, para a Corte, o principal era avaliar a prática reiterada de emendamento com temas não pertinentes, ferindo o processo de elaboração democrática de leis previsto na Constituição, com garantia de amplo debate parlamentar, ouvida a sociedade por meio de audiências, quando for o caso.

Importa destacar que as emendas são propostas e aprovadas pelos próprios parlamentares, do que decorre que a decisão do julgamento critica a prática parlamentar de “pegar carona” na tramitação da medida provisória. Ademais, a decisão proferida passa a ser parâmetro futuro tanto para o Parlamento quanto para o Presidente da República, no momento da sanção de projeto de lei de conversão. A propósito, importa lembrar fala no Min. Gilmar Mendes nesse mesmo julgamento, no sentido de que o próprio conteúdo da MP n. 742/2009 poderia ser discutido sob a ótica da pertinência temática, pois já era uma “MP-ônibus”.

A CNPL interpôs embargos de declaração que, conhecidos, foram rejeitados em 1º de julho de 2016. O relator dos embargos, Min. Edson Fachin, aduziu do pedido o inconformismo com o resultado, não sendo cabível dúvida sobre os termos do Acórdão, que julgou improcedente a declaração de inconstitucionalidade do art. 76 de Lei n. 12.249/2010.

44 Houve um debate entre os Ministros se a proclamação deveria ou não esclarecer o fundamento de declaração incidental de inconstitucionalidade, dado que todos concordavam que não se tratava de modulação de efeitos, posto que a ação fora julgada improcedente. Adotou-se o enunciado sugerido pelo Min. Teori Zavaski, que não afirma nenhuma nomenclatura determinada de técnica interpretação.

45 ADI 5.127/DF, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgamento em 15.10.2015, DJe 27.10.2015, grifo nosso

46 ADI 5.127/DF, relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgamento em 15.10.2015, DJe 27.10.2015.

Em análise sobre o impacto da decisão resultante da ADI n. 5.127/DF, Botelho⁴⁷ observou que anteriormente, 69% dos relatórios apresentados nas Comissões Mistas de análise de medidas provisórias desde 2014 registram casos de emendas rejeitadas sob a justificativa de não pertinência temática. Depois do julgado, até o final de 2016, o índice sobe para 80%. Na ocorrência da análise ter sido feita pelo presidente da Câmara dos Deputados, conforme estabelecido nas questões de ordem anteriormente mencionadas, não se verifica alteração no percentual de emendas rejeitas por não pertinência temática: varia de 41% a 48%. No Senado, por sua vez, a análise prévia da pertinência temática passa a ser adotada somente após a ADI n. 5.127/DF, chegando a 87% de rejeição de emendas sob o argumento da inadequação.

Os efeitos da decisão, conforme intentado pelo STF, começam a ser vistos na prática, em processo gradual de adaptação do Congresso Nacional. O ritmo de mudança leva em conta a própria dinâmica do processo legislativo e sua natureza política, combinada como o caráter jurídico envolvido no trâmite da medida provisória.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate em torno do cumprimento dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência para a edição de medida provisória pelo Presidente da República provoca interpretações distintas. Há argumentos na doutrina que defendem controle mais estrito do que pode ser considerado urgente e relevante e outros que defendem o caráter discricionário e eminentemente político de tal avaliação. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se consolidado no sentido de que tal controle de constitucionalidade somente cabe em casos excepcionais, o que corrobora o entendimento do caráter eminentemente político do julgamento sobre a aceitação da medida provisória.

Nesse sentido, em primeiro momento, ao Presidente da República compete avaliar a relevância e urgência. Em segundo momento, ao Congresso Nacional que, admitindo a medida, procederá à aprovação com ou sem alteração no texto original. Excepcionalmente, repisa-se, caberá a interpretação do Judiciário quanto à relevância e urgência. A interpretação jurisprudencial vem como um complemento necessário da Constituição, uma espécie de discricionariedade subordinada, de caráter supletivo e complementar⁴⁸.

A alteração do texto original da MP, conforme entendimento mais recente da Corte, não pode incluir matéria estranha, sem afinidade ou conexão temática. Essa interpretação consolida o normativo que dispõe sobre a elaboração de leis no Brasil, constituindo desfecho lógico da leitura constitucional, da LC n. 95/1998 e da Resolução n. 1/2002 do CN.

A jurisprudência, embora estabeleça orientação prática, não afasta a ocorrência de novas contestações da edição de MP, por descumprimento dos pressupostos de relevância e urgência, nem novas emendas sem identidade com o texto original. É sabido que a conversão em lei não afasta a inconstitucionalidade em alguns casos, que pode ser objeto de manifestação do STF. Diferentemente da inconstitucionalidade por ausência dos pressupostos de relevância e urgência, cuja jurisprudência privilegia a avaliação realizada pelo Executivo e há precedente no sentido de que a conversão em lei prejudica a apreciação, por sua vez, a inconstitucionalidade por impertinência temática pode ser contestada a qualquer tempo.

Igualmente pacífico se afigura o entendimento segundo o qual “não prejudica a ação direta de inconstitucionalidade material de medida provisória a sua intercorrente conversão em lei sem alterações, dado que a sua aprovação e promulgação integrais apenas lhe tornam definitiva a vigência, com eficácia *ex tunc* e sem solução de continuidade, preservada a identidade originária do seu conteúdo normativo,

47 BOTEELHO, E. R. Medida provisória - pertinência temática das emendas: impacto do julgamento da ADI 5.127/DF. *Âmbito Jurídico*, v. 20, n. 123, p. 2014–2017, 2017.

48 BETTI, E. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: M. Fontes, 2007. p.78.

objeto da arguição de invalidade”. Não parece, todavia, isenta de dúvida a jurisprudência que entende prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade em decorrência da aprovação da medida provisória com alterações, considerando inadmissível até o eventual aditamento da inicial para os fins de adequação do pedido originariamente formulado à nova conformação do texto normativo. As medidas provisórias não se confundem com as leis temporárias exatamente porque suas disposições são dotadas de pretensão de definitividade e destinam-se a ser mantidas sob a forma de lei. Em outros termos, precária é apenas a medida provisória enquanto ato normativo; as disposições dela constantes estão vocacionadas a uma vigência indeterminada.⁴⁹

Tendo em vista os pronunciamentos mais recentes, a tendência que se identifica no Tribunal é a concentração do controle de constitucionalidade nos procedimentos a serem seguidos durante o processo legislativo de conversão da MP. Trata-se de interpretação constitucional muito mais objetiva do que aquela que se possa fazer com relação aos pressupostos de relevância e urgência. Estes, para serem auferidos, precisam ser objetivados no caso. Precisam perder, em alguma medida, seu caráter político, revestindo-se, primordialmente, de caráter jurídico sobre o qual a Corte possa julgar. Como os demais processos levados ao STF, as ações diretas de inconstitucionalidade que têm por objeto medida provisória podem vir a constituir pontos importantes de controle de constitucionalidade, como visto nos exemplos mencionados, e relevante ocasião para consolidar ou revisitar a jurisprudência.

REFERÊNCIAS

- ALVES JÚNIOR, L. C. M. A fundamentação da medida provisória: requisito de legitimidade constitucional e garantia do Estado Democrático de Direito. *Revista do CAAP*, v. 2, n. 3, p. 243–257, 1997.
- AMARAL JÚNIOR, J. L. M. Medida provisória da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: um balanço de 1988 a 2008. In: G. F. Mendes; BRANCO, P. G. G.; VALE, A. R. do (Ed.). *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*, 2010.
- AMARAL JÚNIOR, J. L. M. *Medida provisória: edição e conversão em lei - teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BETTI, E. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: M. Fontes, 2007.
- BOTELHO, E. R. Medida provisória - pertinência temática das emendas: impacto do julgamento da ADI 5.127/DF. *Âmbito Jurídico*, v. 20, n. 123, p. 2014–2017, 2017.
- CARVALHO, E. Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política. *Análise Social*, v. 44, n. 191, p. 315-335, 2009. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/41012717>>. Acesso em: 23 jun. 2015.
- CLARK, G. Medidas provisórias. *Revista de Informação Legislativa*, v. 29, n. 113, p. 153–170, 1992.
- CLÈVE, C. M. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DA ROS, L. *Decretos presidenciais no banco dos réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988-2007)*. 2008. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.
- FERREIRA FILHO, M. G. Poder Judiciário na Constituição de 1988: Judicialização da política e politização da Justiça. *Revista de Direito Administrativo*, n. 198, p. 1-17, out-dez, 1994.
- MACIEL, A. F. Medida Provisória e Segurança Jurídica. In: ROCHA, C. L. A. (Ed.). *Constituição e Segurança Jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 261–264.

49 MENDES, G. F. O controle de Constitucionalidade das Medidas Provisórias. *Revista Jurídica Virtual*, v. 1, n. 2, 1999.

- MAIA, C. A. Medida provisória: controle jurisdicional dos pressupostos que a legitimam - relevância e urgência. *Revista Imes*, v. 7, n.12, p. 137–172, jan./dez. 2006.
- MAMARI FILHO, L. S. S. O controle concentrado de constitucionalidade e a intercorrente conversão em lei de medida provisória. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 170, p. 235–243, 2006.
- MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MELLO, C. A. B. DE. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENDES, G. F. et al. *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MENDES, G. F. O controle de Constitucionalidade das Medidas Provisórias. *Revista Jurídica Virtual*, v. 1, n. 2, 1999.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- OLIVEIRA, V. L. L. Controle constitucional da lei de conversão pela ausência dos pressupostos de relevância e urgência na edição da medida provisória. *Revista de Informação Legislativa*, v. a. 44, n. 173, p. 285–301, 2007.
- SANTOS, L. A. *MP: patinho feio do processo legislativo*. Disponível em: <<http://www.diap.org.br/index.php/noticias/artigos/25238-mps-patinho-feio-do-processo-legislativo>>. Acesso em: 1 jul. 2017.
- TEMER, M. *Decisão do Presidente de inadmitir emendas estranhas ao núcleo material das medidas provisórias*. 2009. Disponível em: <<http://camara.leg.br>>. Acesso em: 25.jul.2017.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Objeto e conceito do direito administrativo: revisão crítica

Object and concept of administrative law: a critic review

Carlos Bastide Horbach

VOLUME 7 • Nº 3 • DEZ • 2017
DIREITO E MUNDO DIGITAL

Objeto e conceito do direito administrativo: revisão crítica*

Object and concept of administrative law: a critic review

Carlos Bastide Horbach**

RESUMO

O presente trabalho busca identificar o objeto do direito administrativo, levando em consideração a evolução histórica da disciplina e as peculiaridades dos sistemas jurídicos — romano-germânico e anglo-saxão —, para construir um conceito que indique, claramente, a essência desse ramo da ciência jurídica. Essa tarefa torna-se necessária ante a natureza cambiante dessa matéria jurídica, cujas normas necessitam de constante atualização para atender as necessidades da administração pública.

Palavras-chave: Direito administrativo. Objeto. Conceito. Estado de direito.

ABSTRACT

this paper intends to identify the object of administrative law, considering its historical evolution and the peculiarities of the legal systems – civil law and common law. It also intends to formulate a concept of administrative law which reflects the core of the subject. This task is necessary due to the ever-changing nature of this legal subject, whose norms need constant revision to face the urgencies of the public administration.

Keywords: Administrative law. Object. Concept. Rule of law.

1. INTRODUÇÃO

“A simples existência de um direito administrativo revela a ocorrência de um tipo de milagre”.¹ Esse “milagre” a que se referem Weil e Pouyaud num dos textos clássicos da doutrina administrativista francesa decorre, exatamente, de haver o direito administrativo vencido inúmeras adversidades desde sua origem, há pouco mais de duzentos anos. Sendo um ramo relativamente recente da ciência do direito, sofreu, ao longo desses poucos anos, uma evolução muitíssimo rápida, com alterações significativas em seu objeto, cuja caracterização acaba por influir em sua adequada conceituação. E “a compreensão desse fenômeno é essencial a quem quer conhecer essa

* Artigo convidado

** Professor Doutor de Direito Constitucional na Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito do Estado e Teoria do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogado. Email: carlos.horbach@usp.br

1 WEIL, Prosper; POUYAUD, Dominique. *Le droit administratif*. 24. ed. Paris: PUF, 2013. p. 3.

disciplina e compreender seus mais fundamentais problemas”.²

Modernamente, há um descolamento entre os conceitos clássicos e a realidade normatizada pelo direito administrativo, o que leva a uma revisão da própria autonomia da disciplina, cujos contornos normativos e teóricos não raro restam indefinidos, com constantes interseções com outros ramos mais recentes do direito.

Cabe, assim, ao administrativista um constante esforço conceitual. Afinal, como registrado por Puigpelat, “a história do direito administrativo é a história da busca por seu conceito”.³ Trata-se, portanto, de um tema clássico e ao mesmo tempo atual.⁴

Nessa tarefa, é necessário assumir como premissa inicial o fato de que o direito administrativo, como um ramo autônomo da ciência do direito, tem um objeto de normatização peculiar, que não se confunde com o das demais disciplinas jurídicas. Esse objeto singular de incidência constitui um dos traços mais importantes para a compreensão do que seja o direito administrativo, o que torna sua caracterização tarefa fundamental para a elaboração de um conceito adequado, que seja capaz de sintetizar, de modo objetivo e preciso, sua natureza e de evidenciar sua importância para o Estado democrático de direito.

Desse modo, o presente estudo, no contexto de constante tensão conceitual da disciplina tem como meta a explicitação do objeto do direito administrativo, para que se possa, em seguida, passar à tarefa complexa de fixação de um conceito para esse ramo do direito moderno. Ou seja, o objeto material deste artigo é o direito administrativo enquanto disciplina, o direito administrativo em perspectiva ontológica. Busca-se identificar, em última análise, o que é o direito administrativo, qual sua essência.

Essa análise ontológica, porém, será pautada pela investigação de dois aspectos específicos, previamente delimitados, quais sejam, seu objeto e seu conceito. Tais dimensões da normatividade administrativa, porém, não são estáticas, tendo evoluído no tempo e apresentando variações no espaço, o que impõe ao estudo um esforço de resgate dos referenciais primitivos do direito administrativo, bem como de investigação de sua conformação para além do sistema romano-germânico, em que desenvolvida a matriz francesa de normas administrativas vivenciada no Brasil.

Assim, será inicialmente estudado o objeto do direito administrativo (item 2), separando-se a compreensão desse objeto no direito continental (item 2.1) e no sistema anglo-saxônico (item 2.2), para, em seguida, passar-se à tarefa de conceituação do direito administrativo (item 3), seja numa perspectiva restritiva (item 3.1), seja numa análise ampliativa (item 3.2).

2. OBJETO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O objeto de um determinado ramo do Direito é, exatamente, o conjunto de fenômenos regulado por suas normas. Ou, dito em outras palavras, os fatos sobre os quais incidem suas normas, dando-lhes tratamento jurídico diferenciado.

Essa compreensão desde logo leva à conclusão — válida para todos os ramos da Ciência do Direito — de que existe uma relação necessária entre o que se entende por objeto de uma disciplina e o conceito dessa mesma disciplina e que, sempre que se promove uma alteração substancial no objeto, haverá uma consequente alteração no conceito.

2 WEIL, Prosper ; POUYAUD, Dominique. *Le droit administratif*. 24. ed. Paris: PUF, 2013. p. 6.

3 PUIGPELAT, Oriol Mir. El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional. *Revista de Administración Pública*, n. 162, p. 47, sep./dic. 2003.

4 Ainda que alguns autores considerem a busca pelo conceito de direito administrativo uma tarefa despida de utilidade prática cf. PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002. v. 1. p. 81.

Os fatos da vida regulados pelo ordenamento jurídico, por sua vez, são extremamente dinâmicos, o que faz com que o objeto do Direito esteja sempre em mutação, num eterno evoluir que provoca a alteração das normas sobre ele incidente. Isso faz com que o objeto de uma disciplina varie no tempo.

Por outro lado, as necessidades são se apresentam homogeneamente nas diferentes comunidades, o que faz com que bens juridicamente relevantes numa dada sociedade sejam desconsiderados como tal em outra. Já que as realidades normatizadas são distintas, distintas devem ser as normas e, logicamente, seu objeto.

Aplicando-se essas simples reflexões ao objeto do direito administrativo, é correto afirmar que seu objeto tem variado no tempo e varia igualmente no espaço. Em outras palavras, o âmbito de incidência do direito administrativo hoje é bastante diverso daquele que se verificava no início do século XX, por exemplo. E, também, o que hoje é tido como sendo área de disciplina do direito administrativo brasileiro pode não ter a mesma importância no direito administrativo norte-americano, por exemplo.

Assim, serão a seguir expostas as concepções que se formaram ao longo do tempo acerca da abrangência do direito administrativo, bem como será exposta — ainda que brevemente — a diferença de objeto que se verifica entre o direito administrativo romano-germânico, dos países da Europa continental, e aquele que existe nos países de *common law*.

2.1. Evolução do objeto do direito administrativo continental

O direito administrativo, surgindo no contexto do individualismo liberal e do Estado de direito, tem sua natureza ligada, exatamente, à delimitação jurídica dos meios e fins da atividade da Administração Pública, buscando garantir a esfera de liberdade dos administrados. Esse é seu objeto inicial e fundamental

Tal concepção liberal fazia com que a estrutura do Estado, bem como de seus poderes e órgãos, estivesse construída em função do homem, individualmente considerado; e mais, de um homem especial, que agia racionalmente, que não tinha condicionamentos temporais ou locais; de um homem não suscetível a pressões econômicas, que agia, única e exclusivamente, com base na Razão: o cidadão, cuja definição mais precisa é aquela apresentada por Georges Burdeau.⁵

O cidadão era o indivíduo plenamente titular de direitos, gozando de todas as garantias possíveis contra qualquer invasão que o Estado pudesse perpetrar na sua órbita de autonomia. Os direitos e o Direito eram pensados tendo como parâmetro esse cidadão, esse “santo laico” que encarnava o ideal de indivíduo do liberalismo clássico. Em razão dessa concepção toda, a sociedade foi repensada e reestruturada, passando a intervir no Estado por meio do sistema representativo

Buscando pôr em prática seu ideal liberal e garantir o Estado de direito, também, na esfera da Administração Pública, as revoluções, trazendo consigo o mencionado individualismo, introduziram no sistema administrativo elementos novos, que, de forma resumida, podem assim ser destacados, como sendo os objetos do direito administrativo:

a) formação de um conjunto sistemático de preceitos obrigatórios para autoridades administrativas de todos os níveis, muitos dos quais limitativos do poder; b) reconhecimento de direitos de particulares ante a Administração, com previsão de remédios jurisdicionais; d) quanto à ciência, elaboração doutrinária abrangente de todos os aspectos legais da atividade administrativa; e e) elaboração jurisprudencial vinculativa para

5 BURDEAU, Georges. *La democracia*. Ensayo sintético. Barcelona: Ariel, 1960. p. 30-31: “El pueblo cuyo advenimiento consagra la Revolución es un pueblo de ciudadanos. Pero el ciudadano no es el individuo en su integridad con su egoísmo, sus apetitos, su ceguera intelectual frente a los intereses permanentes de la colectividad. Es el hombre iluminado por la razón, desembarazado de prejuicios de clase y de los cuidados inherentes a la condición económica, capaz de opinar sobre la cosa pública haciendo abstracción de sus preferencias personales. Em suma, es una especie de santo laico al que se otorga la cualidad de miembro del poder soberano, precisamente porque su desinterés es una garantía del prudente uso que hará de su soberanía”.

a Administração e norteadora da construção de novos institutos jurídicos.⁶

Tais novidades tinham como objetivo primeiro a delimitação clara dos poderes da Administração, delimitação essa que nada mais era do que outra garantia do indivíduo, traumatizado com as arbitrariedades do sistema administrativo do Estado de polícia.⁷

Entretanto, muito pouca coisa mudou no funcionamento da Administração, considerando-se sua democratização, com o advento do direito administrativo. Numa visão global das modificações introduzidas, por exemplo, pela Revolução Francesa na Administração Pública, constata-se, somente, uma pequena contribuição à democratização do funcionamento da estrutura administrativa, concretizada nos princípios que impõem a igualdade de acesso aos cargos públicos e a prestação de contas, contidas, respectivamente, nos artigos VI e XV da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.

Isso ocorreu porque o direito administrativo é, na verdade, o resultado jurídico da conformação dos instrumentos de administração oriundos do Antigo Regime aos modelos e princípios gerais de caráter político e filosófico introduzidos pelas revoluções, como registra Odete Medauar.⁸ Nas palavras de Otto Mayer, “é no Estado de Polícia que se vê o nascimento de formações jurídicas que preparam o Direito pós-revolução”.⁹

Isso fica mais do que claro com a leitura de Tocqueville, em *O Antigo Regime e a Revolução*, o qual demonstra que institutos considerados como grandes conquistas revolucionárias, tais como a concentração administrativa, a jurisdição administrativa e a estabilidade do funcionário público, já estavam presentes na administração do Estado de polícia, tendo ganho com o novo regime somente uma nova orientação de princípios.¹⁰

Além disso, dentro da concepção jurídica do jusracionalismo liberal, a caracterização dos interesses juridicamente relevantes era monotemática. No esquema liberal de Estado de direito, somente um tipo de interesse tinha relevância jurídica: aquele que consistia, exatamente, na defesa do próprio círculo individualizado de atuação pessoal. A pedra angular da concepção liberal, no dizer de Sánchez Morón, era o interesse individual, material e concreto, que deveria ser a todo o custo protegido das desnecessárias e perniciosas intervenções do poder estatal.¹¹

A função da administração e, em consequência, o objeto do direito administrativo diziam com a delimitação do exercício dos direitos individuais, coibindo abusos e gerando as condições mínimas de convivência social, nas quais os indivíduos poderiam construir livremente suas vidas. Tratava-se de um objeto de conteúdo negativo, não intervencionista e que gravava um espectro limitado para o direito administrativo.

Se essa foi a realidade do período posterior às revoluções liberais, período que se estende ao longo do século XIX, o século XX caracteriza-se por grandes mudanças nas concepções acerca do Estado, da sociedade, dos indivíduos e, também, do objeto do direito administrativo. Essas mudanças, é verdade, iniciam-se já no século XIX, sendo que se poderia estabelecer como datas marcantes dessa alteração da realidade os anos de 1848, com a publicação do *Manifesto Comunista*, de Marx e Engles, e de 1875, com a fundação do primeiro partido de massas do mundo, o Partido Social Democrata Alemão.

6 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 19.

7 A última fase do Estado absolutista é associada à exacerbação da função administrativa, no que se conhece como o Estado de polícia, no qual o poder estatal se fazia presente na vida dos indivíduos por meio de burocratas, os quais, por representarem o príncipe diante dos súditos, exerciam na totalidade de suas funções um poder ilimitado. O Estado de polícia é caracterizado por dois pontos fundamentais: o aumento considerável das atividades administrativas e a intromissão constante e não controlada da Administração na vida dos particulares. Nesse sentido: MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1949. T. 1. p. 50. É importante registrar que a expressão “Estado de Polícia” (*Polizeistaat*) é aqui utilizada no sentido que lhe empresta a doutrina alemã, como o citado Otto Mayer, e não deve, portanto, ser confundida com a expressão “*État Gendarme*” (Estado Policial), com a qual parte da doutrina, mormente francesa, denomina o Estado liberal pós-revolucionário.

8 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 18.

9 MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1949. T. 1. p. 47.

10 TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. Brasília: UnB, 1997. p. 77 e ss.

11 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *La participación del ciudadano en la Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980. p. 113.

As ideologias, os partidos de massa, os conflitos sociais, enfim, a realidade que explode no início do século XX, mormente no período entre guerras, transforma a estrutura do Estado, da política e, conseqüentemente, é refletida na Administração. A noção de cidadão, crucial para a realidade liberal, perde importância, sendo substituída pela de “povo real”, que, no dizer de Burdeau, forma uma sociedade em que todos os antagonismos de classes, de interesses e crenças se enfrentam, multiplicados pelo jogo da luta nas avenidas do poder. A democracia concebida como o regime da razão, manifestada por meio da representação, converte-se numa prova de força.¹²

A sociedade, que antes desprezava qualquer intervenção do Estado, passa a depender do direito para controlar os conflitos que lhe são, agora, característicos. A intervenção do Estado com o fim de regular juridicamente e controlar as formas espontâneas da vida social tem objetivos diversos, que podem ser assistenciais, distributivos ou, ainda, classificados como mecanismos de ajuste e compensação dos “riscos sociais”, aqueles que são típicos da sociedade moderna e que escapam de qualquer modelo tradicional de previsão ou antecipação (e.g. uma grande crise financeira, solucionável somente ante a intervenção estatal), como anota Manoel Calvo Garcia.¹³

O ordenamento que surge dessa faceta intervencionista que adquire o Estado é um direito “administrativizado”. Ou, como bem resume Caio Tácito, essa nova ordem constitucional “vai desembocar, em suma, em uma revisão e ampliação dos institutos de direito administrativos, na medida em que a administração representa o braço operante do Estado intervencionista”.¹⁴ O intervencionismo estatal gera, portanto, um aumento do objeto do direito administrativo.

Trata-se de um novo direito, composto, fundamentalmente, por “normas reguladoras” do social, isto é, normas que buscam configurar, teleologicamente, a realidade social de acordo com determinados interesses, e por “normas de organização”, que atribuem competências e instituem procedimentos. Ocorre a legalização das relações sociais e a translação da lógica do sistema político ao sistema jurídico, como resultado da utilização do direito com o fim de “engenharia social”.¹⁵ Tal translação faz com que a ambigüidade de fins, típica do sistema político, invada o âmbito do direito, quebrando a homogeneidade dos interesses juridicamente relevantes.

Assim, as normas criadas sob a égide do Estado liberal não mais são capazes de conformar a sociedade dividida em classes sociais antagônicas, que buscam os seus objetivos, os seus interesses. O consenso material que informava o arcabouço institucional do liberalismo é destruído pela luta de classes, sendo substituído por um consenso meramente formal, resultante de regras claras e comuns que regulam o jogo de poder no campo da política.

Os interesses juridicamente relevantes transformam-se, deixando de ser exclusivamente individuais e passando para o campo social, o que fica bem claro com a constitucionalização dos direitos sociais, inicialmente realizada pela Constituição mexicana de 1917 e concretizada pela Constituição de Weimar, de 1919.

Com o advento do Estado social, a identidade entre o interesse individual e a categoria dos interesses juridicamente relevantes é quebrada, não mais se pode falar nessa relação, uma vez que a pluralidade dos grupos sociais, agora refletida também na política, indica a existência de outros tipos de interesses patentes na sociedade que devem ser respaldados pelo direito.

Surgem o interesse difuso e o interesse coletivo. O interesse difuso é o interesse juridicamente reconhecido de uma pluralidade indeterminada ou indeterminável de sujeitos que, potencialmente, podem ser todos os indivíduos que integram a comunidade geral de referência, a sociedade. O interesse difuso é o interesse de todos e de cada um, ou, melhor dito, é o interesse que cada indivíduo possui pelo fato de pertencer à

12 BURDEAU, Georges. *La democracia*. Ensayo sintético. Barcelona: Ariel, 1960. p. 47.

13 CALVO GARCÍA, Manoel. *Los fundamentos del método jurídico*. Madrid: Technos, 1996. p. 262.

14 TÁCITO, Caio. Bases constitucionais do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 166, p. 42, out./dez. 1986.

15 CALVO GARCÍA, Manoel. *Los fundamentos del método jurídico*. Madrid: Technos, 1996. p. 267.

pluralidade de sujeitos a que se refere a norma instituidora dos direitos pertencentes a tal pluralidade.

Essa nova concepção de interesse juridicamente relevante, que igualmente reflete uma nova concepção democrática, levou a uma alteração profunda em diversos ramos do direito, que, pouco a pouco, se foram adaptando de modo a permitir uma certa compatibilidade entre as instituições existentes e os novos interesses tutelados. No processo, por exemplo, a concepção tradicional do litígio, oriunda da visão liberal de direito e de interesse, não deixava espaço para a proteção dos interesses difusos e coletivos. O processo era visto, apenas, como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares. O direito processual moderno buscou as formas necessárias para uma efetiva defesa desses interesses por meio das mais diversas soluções, tais como as ações governamentais, a ideia de um procurador-geral privado ou a técnica dos advogados particulares do interesse público, legitimados para a propositura de ações em nome de grupos e na defesa dos interesses difusos ou coletivos.¹⁶

Os outros ramos do direito igualmente buscaram uma adaptação à nova realidade, não sendo diferente com o direito administrativo, que sofreu com os direitos difusos e coletivos mais uma alteração de seu objeto, como ensina Odete Medauar.¹⁷

Numa primeira análise, poder-se-ia acreditar que a questão dos interesses difusos e coletivos fica restrita ao direito constitucional, uma vez que representa o “enquadramento jurídico dos fenômenos políticos”, na mais que célebre concepção de Andre Hauriou; sendo a política o ambiente propício e natural da defesa primeira desses novos interesses. Entretanto, hoje, estão na Constituição as bases do direito administrativo, sendo que Fritz Werner chegou a afirmar que o direito administrativo é o constitucional concretizado. Ernst Forsthoff defendeu, por sua vez, em 1950, que os problemas constitucionais convertiam-se, cada vez mais, em problemas de administração, falando, inclusive, da substituição do Estado legislativo pelo Estado administrativo, uma vez que um olhar rápido para a realidade do Estado social bastava para demonstrar o papel preponderante da Administração.¹⁸

O direito administrativo, originalmente concebido para uma sociedade onde o interesse público era oriundo da razão iluminista, confronta-se, desse modo, com uma pluralidade de interesses juridicamente relevantes, com a heterogeneidade dos interesses públicos. Essa expressão, “heterogeneidade dos interesses públicos”, cunhada por Massimo Severo Giannini, deixa transparecer o fato de que não existe mais um único interesse público, mas, sim, uma pluralidade de interesses públicos, entendidos como finalidades concretas que os órgãos e entes públicos devem realizar, sendo que num ordenamento de base pluralista há tantos interesses públicos quanto comunidades existentes no âmbito de sua aplicação.¹⁹

Essa nova realidade, por outro lado, desvela certa crise do modelo estatal oriundo do liberalismo clássico, que atinge o direito administrativo, com uma revisão necessária de seu objeto. Objeto este que se apresenta de início limitado à regulação de determinados órgãos estatais e à garantia da ordem liberal; que adquire posteriormente um viés prestacional, assumindo maiores e mais complexos serviços públicos; e que incorpora mais recentemente a defesa de interesses difusos e coletivos, projetando uma nova face para a administração pública.

Se em linhas teóricas gerais, é possível indicar a evolução do objeto do direito administrativo nos termos

16 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988. p. 49.

17 MEDAUAR, Odete. Direitos difusos referidos diretamente à Administração Pública. *Filosofia Política – Nova série*, v. 1, p. 166-174, 1997.

18 FORSTHOFF, Ernst. *Lo stato di diritto in trasformazione*. Milano: Giuffrè, 1973. p. 173.

19 ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo*. Coimbra: Almedida, 1989. p. 36-38.

acima apresentados, é igualmente necessária uma aproximação mais didática, que permita uma compreensão mais específica do que seja o conteúdo das normas de um ordenamento administrativo.

Segundo Italia, Landi e Potenza, o objeto do direito administrativo — que representa também os seus limites — pode ser dividido em dois aspectos, quais sejam, o substancial e o processual.

O objeto substancial do direito administrativo diz com suas fontes e com os sujeitos, bens, atos e relações vinculados à função de administração pública, que será adiante estudada com profundidade. Esse objeto substancial tem sido estudado, ao longo da História do direito administrativo, por meio de dois métodos principais: *a)* descritivo, típico dos primeiros administrativistas, que busca o exame isolado de cada um dos ramos da administração pública e de cada uma das leis que veiculam matéria administrativa; e *b)* sistemático, iniciado com a doutrina germânica e depois difundido na Europa continental, que busca organizar os institutos do direito administrativo, tradicionalmente desconexos, num sistema racional de conceitos gerais, segundo critérios puramente jurídicos.²⁰

Em verdade, esses métodos, na atualidade, são complementares, gerando o tratamento sistemático o que se pode denominar de objeto geral — ou parte geral — do direito administrativo, enquanto a análise descritiva continua válida para os diferentes objetos específicos — ou parte especial — desse mesmo direito administrativo, como se pode depreender da lição de Guido Zanobini.²¹

Por outro lado, com a última fase de desenvolvimento do objeto do direito administrativo, na qual têm relevo os direitos difusos, ganhou importância sua dimensão processual. O objeto processual abrange os meios de funcionamento da administração pública, a dinâmica que envolve os sujeitos, bens, atos e relações estudados sob a ótica substancial; dinâmica esta na qual devem ser assegurados os meios de defesa dos direitos e dos interesses dos indivíduos e da coletividade como um todo. Como destacam Italia, Landi e Potenza, “esta matéria pressupõe conceitos elaborados na parte geral do direito administrativo, constituindo-se como sua integração e coordenação lógica”.²²

Enfim, é possível sintetizar o objeto do direito administrativo nos seguintes termos, seguindo as palavras de Odete Medauar, reunindo aspectos substanciais e processuais:

Vasto é o rol de matérias disciplinadas pelo direito administrativo. Fixa preceitos sobre a organização administrativa, como, por exemplo: divisão em órgãos, vínculo entre órgãos, distribuição de competências entre órgãos, administração direta, administração indireta, etc. Trata dos poderes conferidos às autoridades administrativas. Cuida dos meios pelos quais a Administração toma decisões, entre os quais os atos, os contratos, o processo administrativo. Disciplina os direitos e deveres dos servidores públicos. Estabelece normas para: a gestão dos bens públicos; a execução de atividades relevantes para a população, os serviços públicos; a restrição ao exercício de direitos dos particulares, o chamado poder de polícia; a reparação de danos causados a particulares por ação ou omissão. Interessam, ainda, ao direito administrativo, os modos e meios pelos quais a Administração é controlada, por si própria e por outros poderes e instituições.²³

Essas características, porém, são próprias dos ordenamentos que seguiram a matriz originária do direito administrativo francês, seja de modo direto — como é o caso da Itália, da Espanha, de Portugal e também do Brasil — ou indireto — como a Alemanha —, não se verificando, porém, na realidade anglo-saxônica, naquilo que os juristas do *common law* chamam de *administrative law*.

20 ITALIA, Vittorio; LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe. *Manuale de diritto amministrativo*. 13. ed. Milano: Giuffrè, 2002. p. 12.

21 ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 1958. v. 1. p. 54.

22 ITALIA, Vittorio; LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe. *Manuale de diritto amministrativo*. 13. ed. Milano: Giuffrè, 2002. p. 13.

23 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 33-34.

2.2. O objeto do *administrative law* anglo-saxônico

Como acentuado em outra oportunidade²⁴, os ordenamentos de *common law* não apresentam um direito administrativo nos moldes continentais, nem passaram os países anglo-saxônicos pelas fases evolutivas do objeto dessa disciplina jurídica tal como acima explicitado. De fato, o que se convencionou chamar recentemente de *administrative law* na Inglaterra e nos Estados Unidos, por exemplo, em muito difere do que se conhece no sistema romano-germânico como direito administrativo.

Entretanto, apesar dessas diferenças, é importante enunciar o objeto desse *administrative law*, seja por ilustração, seja em razão da importância que alguns institutos oriundos dessa experiência têm adquirido no Direito brasileiro, como é o caso das agências.

Jean Rivero assinala que o objeto do direito administrativo nos países de *common law* é, consideravelmente, mais reduzido do que aquele dos países que seguem o modelo francês, ainda que englobe matérias estranhas ao direito administrativo continental. Essa limitação do objeto se dá porque o funcionamento da estrutura administrativa do Estado está muito mais ligada ao campo da Ciência Política e ao campo da Ciência da Administração do que ao Direito, fazendo com que, por exemplo, tudo o que diga respeito à organização administrativa seja alheio ao *administrative law*, que estaria limitado às relações externas dos órgãos administrativos, a suas relações com o público. Além disso, seguindo a ideia básica do *rule of law*, os órgãos e agentes administrativos são disciplinados por normas de direito comum, as mesmas que regem as instituições particulares, não havendo, pois, um ordenamento especial. Por fim, a tradição do autogoverno, do *local government*, na cultura anglo-saxônica impediu a consolidação de regras comuns de funcionamento da Administração Pública, inibindo a abrangência do direito administrativo.²⁵

Estudando especificamente o sistema norte-americano, Edward Allan Farnsworth reforça o caráter externo do *administrative law*, já mencionado por Rivero:

O direito administrativo se preocupa com os poderes e procedimentos dos órgãos do governo [...], que afetem os interesses privados por meio da edição de normas e atos. O campo é relativamente novo e ainda está em estágio de rápido desenvolvimento. Ele é altamente procedimental em sua ênfase e não inclui o direito substantivo criado pelas agências administrativas. Este ramo do direito lida principalmente, ainda que não de forma exclusiva, com o cumprimento, pelos agentes públicos, de funções relacionadas a edição de normas administrativas gerais (*rule-making*) e com a solução de conflitos envolvendo administrados (*adjudication*), focando, também, o controle dos administradores pelas cortes judiciais.²⁶

Assim, o objeto do direito administrativo no sistema do *common law* é bastante diverso daquela observado pelo jurista romano-germânico, contendo, basicamente, normas procedimentais e que tutelam o administrado ante o poder público, reconhecendo, por exemplo, os *administrative tribunals* ingleses e as *quasi-judicial authorities* norte-americanas.

Entretanto, mesmo conscientes da diversidade de modelos, não se pode deixar de verificar que os sistemas romano-germânico e anglo-americano de direito administrativo estão, como defende Marco D'Alberty, num processo de convergência, diminuindo em muito os traços que, tradicionalmente, os separam, o que pode resultar num aumento significativo do objeto do *administrative law*.²⁷

Definidos os objetos do direito administrativo, é possível a investigação de seu conceito, o que será compreendido no item seguinte, de modo a determinar-se um enunciado que seja compatível com a moderna realidade normatizada por esse importante ramo da Ciência Jurídica.

24 HORBACH, Carlos Bastide. O direito administrativo no sistema de Common Law. *Fórum administrativo*, Direito Público, v. 9, n. 101, p. 20-30, jul. 2009.

25 RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 39-40.

26 FARNSWORTH, E. Allan. *Introduction to the legal system of the United States*. New York: Oceana, 1994. p. 134-135.

27 D'ALBERTI, Marco. *Diritto amministrativo comparato*. Bologna: Il Mulino, 1992. p. 17.

3. CONCEITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Diferentes são as perspectivas a partir das quais é possível conceituar o direito administrativo, dando-se ênfase a determinados elementos de seu objeto ou mesmo tentando reduzir esse objeto a algum referencial específico, no que se convencionou chamar de “critério de direito administrativo”.

O estudo a seguir efetuado seguirá, por razões didáticas, uma distinção reconhecida na obra de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, agrupando os conceitos de direito administrativo em dois grandes grupos: o dos conceitos restritivos — ou limitativos — e o dos conceitos ampliativos. O primeiro grupo busca identificar um elemento fundamental que caracterizaria, por si só, o direito administrativo, traduzindo-se em seu critério de autonomia científica; enquanto o segundo grupo busca um conceito a partir dos fenômenos disciplinados por esse ramo da ciência do direito.²⁸

3.1. Perspectiva Restritiva

Como acima indicado, sob essa denominação de conceitos restritivos, serão analisadas conceituações do direito administrativo que tentaram reduzir, ou restringir, seu objeto a um determinado elemento, que lhe sendo exclusivo garantiria sua autonomia científica.

Esses conceitos são típicos dos primeiros administrativistas, que necessitavam de um critério claro que diferenciasse o direito administrativo dos demais ramos do direito, em especial do direito constitucional e do direito civil, dos quais retirava a nascente disciplina seus principais institutos. Basta lembrar, como reforço a esse dado, a frase de Cormenin, afirmando que o direito administrativo tocava, de um lado, o direito civil e, de outro, o direito político.²⁹

Assim, é possível afirmar que os conceitos restritivos são tentativas de demonstrar, de forma cabal, por meio de um critério diferenciador, que o direito administrativo é um ramo jurídico autônomo, com um objeto que não se confunde com o das demais disciplinas já existentes.

Como exemplos dessa perspectiva restritiva, podem ser arrolados os conceitos fundados em três distintos critérios, integrantes das chamadas escolas legalista, italiana e do serviço público.

3.1.1. Escola Legalista

Trata-se da conceituação típica dos primeiros administrativistas franceses, o que faz com que essa escola, também, seja chamada de “escola francesa”. Ela se fundamenta numa tentativa de transpor, para o direito público, os postulados da famosa Escola da Exegese, que transformou o estudo do direito francês, ao longo do século XIX, num simples exame dos textos legais, num movimento que está fortemente ligado às grandes codificações.³⁰

O conceito legalista de direito administrativo, portanto, é baseado na lei, nas normas que concretamente regem o funcionamento da administração pública. Direito administrativo, para os legalistas, é o conjunto das normas administrativas de um país, cuja exegese seria o objeto da nova disciplina.

Tal conceito, porém, apresenta um vício lógico, uma vez que utiliza, na sua enunciação, o elemento que tenta conceituar. Saber o que são normas administrativas requer, antes, uma compreensão do que seja o próprio direito administrativo, no qual estão inseridas essas normas. Normas administrativas, como afirma Dio-

28 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 43.

29 Conforme citação de GUGLIELMI, Gilles. *Vus par ses pères fondateurs, Le Droit Administratif*. CHEVALLIER, Jacques. (Coord.). *Le droit administratif en mutation*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993. p. 45.

30 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de Filosofia do direito, São Paulo: Ícone, 1995. p. 78.

go de Figueiredo Moreira Neto, são um elemento a ser esclarecido, que se inclui no objeto a ser definido.³¹

Além disso, há uma natural dificuldade de transposição das ideias da Escola da Exegese para o direito administrativo. Isto porque esta disciplina não apresentava — como ainda não apresenta em muitos países, como o Brasil, por exemplo — um código, uma legislação sistematizada que propiciasse sua exegese em padrões semelhantes aos empregados pelos juristas no direito civil. Ao contrário, o direito administrativo francês se mostrou, desde cedo, um ordenamento casuístico, baseado na elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado e tendo o juiz como protagonista de seu desenvolvimento.

Essa realidade era contrária aos dogmas da Escola da Exegese, entre os quais Julien Bonnacase inclui o culto ao texto da lei e o predomínio da intenção do legislador na interpretação da lei.³² Ora, se o direito administrativo se afirma como disciplina autônoma por meio da construção pretoriana da jurisdição administrativa, o culto ao texto da lei fica radicalmente prejudicado, uma vez que são os precedentes jurisprudenciais que contêm as orientações normativas a serem observadas. Em consequência, sendo os precedentes a principal fonte do direito, não há falar aqui em intenção do legislador.

Por fim, há, ainda, a crítica natural à vinculação estrita entre lei e direito, vinculação essa amplamente repudiada pela moderna doutrina. O direito não se resume ao disposto na lei, mas compreende um sistema muito mais extenso, que abrange princípios e é dotado de uma lógica própria, a qual contribui para o pleno conhecimento de uma disciplina jurídica.

Essa crítica pode ser resumida nas palavras de Orlando, no seu *Principii di diritto amministrativo*, mencionadas por Mário Masagão: “o Direito precede à lei, e as ciências jurídicas são sistemas de princípios de direito e não somente comentários de legislação positiva”.³³

Conceitos restritivos podem ser encontrados nas obras dos autores considerados os pais do direito administrativo francês, Gerando, Macarel e Cormenin, e também nos primeiros autores brasileiros, como o Conselheiro Ribas e o Visconde do Uruguai.

3.1.2. Escola Italiana

Já os autores italianos, que desenvolveram seus estudos com base na experiência inicial dos administrativistas franceses, buscaram outro elemento fundamental para a conceituação do direito administrativo, qual seja, o Poder Executivo.

Com base na divisão funcional dos poderes — Executivo, Legislativo e Judiciário — e pressupondo que cada uma das funções exercidas pelos órgãos desses poderes fosse regida por uma determinada disciplina jurídica, os juristas da Escola Italiana elaboraram o seguinte conceito: direito administrativo é o estudo dos atos do Poder Executivo; ou ainda, é o ramo da Ciência do Direito que regula a organização, as funções e o procedimento do Poder Executivo.

A crítica a esse conceito segue duas linhas de argumentação. Primeiramente, nem todos os atos do Poder Executivo são de natureza administrativa; posteriormente, existem atos típicos de administração editados por órgãos estranhos ao Poder Executivo.

O Poder Executivo edita, por exemplo, atos que têm natureza política — em matéria governamental — ou mesmo atos de natureza legislativa, como as medidas provisórias.³⁴ Tais atos, ao contrário do que se poderia concluir com base no conceito da Escola Italiana, não são regulados pelo direito administrativo, mas sim pelo direito constitucional.

31 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 44.

32 BONNECASE, Julien. *La escuela de la exegesis en derecho civil*. Puebla: Editorial José Cajica Jr., 1944. p. 139.

33 MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 2.

34 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *A medida provisória e sua conversão em lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 122.

É verdade que alguns autores, como Guido Zanobini, pretendem integrar ao âmbito das atividades administrativas o exercício de funções governamentais, tipicamente políticas, o que afastaria parte da crítica feita ao conceito da Escola Italiana. Desta forma, o direito administrativo seria, de fato, o responsável pela disciplina de todas as atividades do Poder Executivo.³⁵

Entretanto, é amplamente difundida — e aceita — a tradicional distinção entre administração e governo, que será objeto de estudo no capítulo relativo à administração pública. Não encontra guarida, pois, essa expansão exacerbada da abrangência da administração, sendo válida a crítica comumente feita ao conceito da Escola Italiana.

Por outro lado, o Legislativo e o Judiciário, também, desempenham atividades tipicamente administrativas. Como registra Mário Masagão,

a administração não se exerce por um só dos ramos clássicos do poder público, mas pelos três. Administra em larga escala o poder legislativo, pois dele dependem a criação e a organização do serviço público, bem como a sua disciplina geral. E até os órgãos do poder judiciário, além de sua função específica que é jurisdicional, exercem acidentalmente funções que são administrativas³⁶.

Os tribunais e as casas legislativas nomeiam servidores, promovem licitações, celebram contratos administrativos, entre muitas outras atividades claramente administrativas, o que evidencia que a aplicação do direito administrativo não está limitada aos confins do Poder Executivo, negando-se mais uma vez o conceito da Escola Italiana.

3.1.3. Escola do Serviço Público

Igualmente, buscando uma conceituação com base em um elemento singular, seu critério de autonomia, desenvolveu-se na França, em especial após a decisão do Tribunal de Conflitos no *arrêt Blanco* (1873) — que será mais bem estudada nos capítulos sobre serviço público e responsabilidade do Estado — e a obra de Leon Duguit, no início do século XX, uma escola jurídica que vinculava a atividade estatal como um todo e, em particular, o direito administrativo à noção de serviço público.

Leon Duguit, considerado o fundador da chamada Escola do Serviço Público ou Escola de Bordeaux, atrelava toda a normatividade do Estado à categoria dos serviços público. Para ele, o princípio sintetizador do direito público moderno é aquele que determina ser o exercício do poder voltado à organização dos serviços públicos, assegurando e realizando seu funcionamento.³⁷

O serviço público, assim, antes de ser um referencial para o direito administrativo, é a chave para a compreensão de toda uma teoria do Estado, na qual se inserem as atividades de administração pública. Serviço público, para Duguit, “é toda atividade cujo cumprimento deve ser assegurado, regulado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e de tal natureza que não pode ser integralmente cumprido senão com a intervenção da autoridade governante”.³⁸

Gaston Jèze, um dos principais seguidores de Duguit, foi o responsável pelo aprimoramento da construção jurídica da teoria do serviço público e pela vinculação dessa noção ao conceito de direito administrativo. Afirmava ele que “o serviço público é, hoje [1916], a pedra de toque do direito administrativo”.³⁹ O direito administrativo seria, pois, a normatização dos serviços públicos.

No Brasil, essa escola foi seguida, entre outros autores, por Themístocles Brandão Cavalcanti, para quem “o direito administrativo é o conjunto de princípios e normas jurídicas que presidem a organização e funcio-

35 ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 1958. v. 1. p. 13.

36 MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 2-3.

37 DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho público*. Madrid: Francisco Beltran, 1917. p. 47.

38 DUGUIT, León. *Manual de derecho constitucional*. Granada: Comares, 2005. p. 64 e ss.

39 JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1949. T. 1. p. 16.

namento dos serviços públicos”.⁴⁰

A primeira objeção que se pode fazer a esse conceito é a própria indeterminação do que seja serviço público. Desde a ampla conceituação de Duguit, que vem sofrendo reduções ao longo dos anos, existe uma enorme polêmica entre os administrativistas acerca do conteúdo do serviço público — como será adiante estudado. Partindo-se do serviço público como a base da moderna Teoria do Estado, essa noção é fundamento não só do direito administrativo, mas também de todo o direito positivo, que retira do poder estatal sua validade. Por outro lado, se se parte de uma concepção mais restritiva de serviço público, muitas das atividades não-prestacionais da Administração Pública estariam fora do conceito de direito administrativo.

Essa é, em certos termos, a crítica feita por Mário Masagão, que considera o critério do serviço público “demasiado estreito”. Seja porque o direito administrativo não apenas dele cuida, mas também porque nem somente o direito administrativo regula os serviços públicos. Não há, portanto, uma identidade necessária entre o objeto do direito administrativo e a noção de serviço público.⁴¹

3.2. Perspectiva Ampliativa

Como anteriormente anotado, os autores que adotam conceitos ampliativos não têm como objetivo limitar o campo de estudo do direito administrativo a um critério singular, mas somente situam o estudioso no ambiente onde ocorrem os fenômenos típicos desta disciplina.

Assim, há autores, como Guido Zanobini, que atrelam o conceito de direito administrativo à disciplina da administração pública; ou seja, todas as relações jurídicas formadas no desenvolvimento dessa atividade estatal são regidas pelo direito administrativo.⁴²

Esta é também a linha adotada, no Direito alemão, por Hartmut Maurer, para quem o direito administrativo é expresso pelas normas jurídicas (escritas ou não), que têm validade para a administração, suas atividades, seu procedimento e sua organização. O direito administrativo “é o direito próprio da administração”.⁴³

Mais numa vez — tal como ocorre em relação ao serviço público — a imprecisão do referencial utilizado na conceituação a torna insuficiente. A simples menção à administração — ainda que com detalhamentos, como faz Maurer — não basta para elucidar, de pronto, o conteúdo do direito administrativo.

Outros, como Marcel Waline, Paul Duez e Marcello Caetano, adotam critérios teleológicos. O direito administrativo seria, assim, o responsável pela normatização do interesse geral, do bem comum, das necessidades públicas. Mais uma vez, na linha do defendido por Mário Masagão, “o critério é inaceitável, porque os objetos que ele indica são os de todos os ramos do direito público, e não constituem matéria peculiar do direito administrativo”.⁴⁴ É possível afirmar, complementando essa constatação de Masagão, que o ordenamento jurídico como um todo busca a paz social e, mediatamente portanto, o interesse público.

Outros conceitos ampliativos buscam enunciar, de forma negativa ou positiva, quais são os objetos do direito administrativo, para daí retirar uma conceituação.

Nesse quadro situa-se a célebre definição de Otto Mayer, o fundador do direito administrativo germânico, que, em 1895, inaugurando uma concepção até hoje difundida na Alemanha — como se pode comprovar na frase de Maurer acima transcrita —, afirma ser o direito administrativo a disciplina jurídica própria da administração, a qual “deve ser toda atividade do Estado que não é legislação, nem justiça”.⁴⁵ Assim, é

40 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1977. p. 21.

41 MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 4.

42 ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 1958. v. 1. p. 22.

43 MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 11. ed. München: C. H. Beck, 1997. p. 35.

44 MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 5.

45 MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1949. T. 1. p. 10-22.

possível concluir que o **direito administrativo é o ramo que regula as atividades estatais que não sejam legislativas ou judiciais**, num conceito por exclusão e que permite, como reconhece o próprio Otto Mayer, um tratamento móvel e variável.⁴⁶

Diogo de Figueiredo Moreira Neto considera que

esse conceito estende o direito administrativo às atividades de corpos administrativos e de tribunais judiciais, quando não estejam, rigorosamente, legislando ou julgando conflitos de interesses, bem como as atividades-meio de órgãos constitucionalmente autônomos.⁴⁷

O conceito de Otto Mayer, ainda que correto e amplamente aceito na doutrina, tem o inconveniente de remeter a outras disciplinas a conceituação do direito administrativo. Isto porque somente sabendo o que é legislação — matéria própria do direito constitucional — e o que é jurisdição — questão posta no âmbito do direito processual — é que se poderá determinar os contornos da administração e, assim, concluir qual é a natureza do direito que lhe é próprio, o direito administrativo.

Por outro lado, essa conceituação é posta em xeque por doutrinas que negam as diferenças materiais entre a jurisdição e a administração. Exemplo dessa concepção, como demonstra Odete Medauar, é a obra de Carré de Malberg, “para quem, do ponto de vista material a jurisdição não é essencialmente diferente da administração; e sob esse aspecto é possível distinguir somente duas funções estatais: legislar e executar”.⁴⁸

Outros autores procuram enunciar, em seus conceitos, os objetos comumente estudados sob a rubrica do direito administrativo. Assim, para Ruy Cirne Lima, por exemplo, o direito administrativo é

“o ramo do Direito Positivo que, específica e privativamente, rege a administração pública como forma de atividade; define as pessoas administrativas e a organização e os agentes do Poder Executivo, regulando, enfim, seus direitos e obrigações, suas relações internas e com os particulares, por ocasião do desempenho daquela atividade”.⁴⁹

Conceito semelhante é o de Maurice Hauriou, segundo o qual

o direito administrativo é o ramo do direito público que regula: 1º a organização das entidades da administração pública e das diversas pessoas administrativas nas quais ela está encarnada; 2º os poderes e os direitos que possuem essas pessoas administrativas para acionar os serviços públicos; 3º o exercício desses poderes e desses direitos pela prerrogativa, especialmente pelo procedimento de atuação de ofício, e as conseqüências contenciosas que se seguem.⁵⁰

Essa conceituação, como reconhece o próprio Hauriou, é baseada numa concepção subjetiva, que leva em consideração, principalmente, a personalidade jurídica da administração e a autoridade pública (*puissance publique*) que lhe é inerente. Além disso, tal como posto, o conceito ressalta, inicialmente, a especialidade do direito administrativo, ou seja, “um corpo jurídico alimentado por uma matéria especial” separado do direito comum; bem como dá ênfase às relações em que são atores as pessoas administrativas e, ainda, põe em evidência as prerrogativas, que são os direitos exorbitantes e os procedimentos excepcionais que beneficiam a atuação dessas mesmas pessoas administrativas.⁵¹

Cabe, ainda, mencionar um conceito que igualmente realça os aspectos subjetivos da administração pública — chegando até mesmo a negar a utilidade de uma compreensão objetiva de sua natureza — e, de certo modo, é complementar ao enunciado por Hauriou. Trata-se da noção do direito administrativo como direito estatutário, desenvolvida por Eduardo García de Enterría.

Enterría inicia sua análise diferenciando os direitos gerais dos direitos estatutários. Os primeiros, como o

46 MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1949. T. 1. p. 10. nota 14.

47 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 45.

48 MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 47.

49 LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 25-26.

50 HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et droit public*. Paris: Dalloz, 2002. p. 20.

51 HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et droit public*. Paris: Dalloz, 2002. p. 20-21.

direito civil, referem-se e são aplicáveis a todas as classes de sujeitos; enquanto os últimos regulam somente as relações de certas classes de sujeitos, singulares ou específicos, retirando-os, em certos aspectos, do império do direito comum. Como estatutário, o direito administrativo regula as singulares espécies de sujeitos que se agrupam sob o nome de Administração Pública, subtraindo estes sujeitos do direito comum.⁵²

As conseqüências que Enterría e Fernández depreendem desse conceito são muito próximas das indicadas por Hauriou, tal como acima analisado. Em primeiro lugar, o direito administrativo é um ramo do direito público, em especial o direito público interno do Estado. Isto porque a Administração Pública se apresenta como a personificação interna do Estado para consecução de seus fins, pessoa esta que concretamente se relaciona com os cidadãos, sendo a face presente do poder público.⁵³

Ademais, o direito administrativo deve ser visto como o direito comum das pessoas administrativas, nas suas múltiplas formas. O objetivo dessa disciplina deve ser, pois, o de atender basicamente às exigências que esses sujeitos apresentam para seu desenvolvimento jurídico normal. “Dito com outras palavras, o direito administrativo é um microcosmo jurídico, que tende a cobrir todas as possíveis zonas em que se movem as Administrações Públicas”, utilizando-se nessa tarefa abrangente de princípios gerais próprios, que articulam, interpretam e completam suas regras específicas.⁵⁴

Por fim, a conceituação levada a cabo pelos autores espanhóis implica a conclusão de que, para a existência de uma relação jurídico-administrativa, “é preciso que ao menos uma das partes na relação seja uma Administração Pública”, compreendendo essa expressão todas as conformações estatais e paraestatais, bem como os particulares delegatários de uma Administração Pública; que se relacionam com os administrados, com outras Administrações Públicas ou consigo mesmas, nas chamadas relações reflexivas, típicas da organização administrativa.⁵⁵

Reunindo todas essas conseqüências, é possível sintetizar o conceito de Enterría e Fernández da seguinte forma: direito administrativo é o ramo interno do direito público que regula, de forma compreensiva — com princípios e regras especiais que se distanciam do direito comum —, a atuação das diversas pessoas, públicas ou privadas, que formam as diferentes Administrações Públicas, em suas relações com os administrados, entre si e consigo mesmas.

4. SÍNTESE CONCLUSIVA

Os conceitos expostos neste trabalho seguem diferentes concepções de direito administrativo, de seu objeto, de sua função no ordenamento jurídico. Uns conceitos buscam enfatizar critérios de autonomia, outros encontram fundamentos em noções funcionais ou objetivas de administração pública e alguns parte de uma compreensão subjetiva do fenômeno administrativo.

Os diferentes elementos fornecidos pelos autores até aqui estudados, entretanto, não podem ser considerados fora da influência dos referenciais político-institucionais que informam o direito administrativo como disciplina jurídica, em especial as garantias do Estado de Direito. Ou seja, não se compreende o direito administrativo deslocado de sua função garantidora do administrado ante a atuação do poder público.

52 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1998. T. 1. p. 37.

53 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1998. T. 1. p. 37.

54 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1998. T. 1. p. 38-39.

55 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1998. T. 1. p. 39-42.

Assim, é possível elaborar um conceito eclético, que agrupe, sistematicamente, todos esses vetores complementares, afirmando ser o direito administrativo o ramo do direito público que disciplina a atuação da Administração Pública, interna e externamente, na consecução do interesse público por meio de atividades formalmente distintas da legislação e da jurisdição, observando, sempre, os direitos e garantias dos administrados.

REFERÊNCIAS

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *A medida provisória e sua conversão em lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo*. Coimbra: Almedida, 1989.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONNECASE, Julien. *La escuela de la exegesis en derecho civil*. Puebla: Editorial José Cajica Jr., 1944.
- BURDEAU, Georges. *La democracia*. Ensayo sintético. Barcelona: Ariel, 1960.
- CALVO GARCÍA, Manoel. *Los fundamentos del método jurídico*. Madrid: Technos, 1996.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1977.
- D'ALBERTI, Marco. *Diritto amministrativo comparato*. Bologna: Il Mulino, 1992.
- DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho público*. Madrid: Francisco Beltran, 1917.
- DUGUIT, León. *Manual de derecho constitucional*. Granada: Comares, 2005.
- FARNSWORTH, E. Allan. *Introduction to the legal system of the United States*. New York: Oceana, 1994.
- FORSTHOFF, Ernst. *Lo stato di diritto in trasformazione*. Milano: Giuffrè, 1973.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1998. T. 1.
- GUGLIELMI, Gilles. *Vus par ses pères fondateurs, Le Droit Administratif*. CHEVALLIER, Jacques. (Coord.). *Le droit administratif en mutation*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et droit public*. Paris: Dalloz, 2002.
- HORBACH, Carlos Bastide. O direito administrativo no sistema de Common Law. *Fórum administrativo*, Direito Público, v. 9, n. 101, p. 20-30, jul. 2009.
- ITALIA, Vittorio; LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe. *Manuale de diritto amministrativo*. 13. ed. Milano: Giuffrè, 2002.
- JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1949. T. 1
- LIMA, Ruy Cirne. *Principios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 11. ed. München: C. H. Beck, 1997.
- MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1949. T. 1
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MEDAUAR, Odete. Direitos difusos referidos diretamente à Administração Pública. *Filosofia Política – Nova série*, v. 1, p. 166-174, 1997.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002. v. 1
- PUIGPELAT, Oriol Mir. El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional. *Revista de Administración Pública*, n. 162, p. 47-87, sep./dic. 2003.
- RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *La participación del ciudadano en la Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980.
- TÁCITO, Caio. Bases constitucionais do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 166, out./dez. 1986.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. Brasília: UnB, 1997.
- WEIL, Prosper; POUYAUD, Dominique. *Le droit administratif*. 24. ed. Paris: PUF, 2013.
- ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 1958. v. 1

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Avaliação de políticas públicas versus avaliação de impacto legislativo: uma visão dicotômica de um fenômeno singular

Public policy evaluation versus legislative impact assessment: a dichotomous view of a singular phenomenon

Aparecida de Moura Andrade

Héctor Valverde Santana

Avaliação de políticas públicas versus avaliação de impacto legislativo: uma visão dicotômica de um fenômeno singular*

Public policy evaluation versus legislative impact assessment: a dichotomous view of a singular phenomenon

Aparecida de Moura Andrade**

Héctor Valverde Santana***

RESUMO

O objetivo deste trabalho é buscar uma aproximação das definições e objetivos relacionados às técnicas de avaliação de políticas públicas e da avaliação de impacto legislativo, a fim de apresentar uma demonstração do *estado da arte* dos dois campos de estudos e a justificação para indicar que se trata da mesma abordagem. A locução: *políticas públicas* é plurívoca do ponto de vista doutrinário. A partir dessa multiplicidade de conceitos, verifica-se, também, uma confusão sobre a relação entre avaliação de políticas públicas, avaliação de programas sociais e avaliação de impacto legislativo. Nesse contexto, com base na pesquisa doutrinária e no método de abordagem dedutivo, a primeira parte do estudo apresenta conceitos, campos de atuação e processo de avaliação das políticas públicas; na sequência, é feito um resumo da Legística, do campo de origem da avaliação de impacto legislativo e suas concepções. Ao final, o estudo mostra que os objetivos são comuns aos dois processos — avaliação de políticas públicas e avaliação de impacto legislativo —, uma vez que os dois campos se utilizam de métodos singulares para a realização das avaliações quanto aos aspectos da eficiência, eficácia e efetividade das políticas. Ademais, o processo de avaliação de políticas públicas e de avaliação de impacto legislativo têm como objeto comum de análise as políticas constituídas por meio da norma jurídica.

Palavras-chave: Avaliação. Análise. Políticas Públicas. Impacto Legislativo.

* Recebido em 26/07/2017
Aprovado em 29/08/2017

** Doutoranda em Direito pelo UniCEUB, Mestre em Ciências Políticas pela Unieuro, Graduação em Economia pelo UniCEUB e Servidora da Câmara dos Deputados desde 1993. E-mail: aparecida.mandrade@gmail.com.

*** Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais (PUC/SP). Professor de Teoria Geral do Direito, Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor. Juiz de Direito de Segundo Grau do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. E-mail: hectorvsantana@gmail.com

ABSTRACT

The objective of this work is to seek an approximation of the definitions and objectives of the public policy evaluation techniques and the legislative impact assessment, in order to present a demonstration of the state of the art of the two fields of study and the justification to indicate that they have the same approach. The expression of public policies is polysemic from a doctrinal point of view. From this multiplicity of concepts, there is also confusion about the relationship between public policy evaluation, evaluation of social programs and evaluation of legislative impact. In this context, based

on doctrinal research and the method of deductive approach, the first part of the study presents concepts, fields of action and process of evaluation of public policies; Following is a summary of the Legislature, the field of origin of the legislative impact assessment and its conceptions. In the end, the study shows that the objectives are common to both processes - public policy evaluation and legislative impact assessment - since the two fields use unique methods for conducting evaluations on efficiency, effectiveness and effectivity of policies. In addition, the process of evaluating public policies and assessing the impact of legislation has as a common object of analysis the policies established through the legal norm.

Keywords: Evaluation. Analysis. Public Policy. Legislative Impact.

1. INTRODUÇÃO

Os modelos democráticos atuais submetem as ações dos governos a índices crescentes de transparência, favorecendo a participação social no controle das políticas de governo. O advento do Estado Social trouxe o termo *políticas públicas* para o centro da ação governamental no desempenho da função de estabelecer direitos e deveres aos integrantes da sociedade civil. Dentro dessa realidade, coube à burocracia, em parceria com a sociedade civil organizada, a realização do controle dessas políticas públicas. As técnicas de avaliação de políticas públicas e as técnicas de avaliação de impacto legislativo surgem no bojo das transformações referidas. Entretanto, as técnicas são discutidas e assimiladas, ainda, de modo experimental.

O Conselho de Avaliação das Políticas Públicas foi instituído em 2016, no âmbito da Presidência da República, com o objetivo de criar métodos analíticos mais consistentes visando ao compartilhamento de informações entre os agentes públicos, os quais se têm lançado à tarefa de avaliar a qualidade das políticas de governo. De outro lado, a Legística, entendida como o campo de estudo da ciência da legislação, apresenta uma proposta de avaliação da qualidade da legislação. Muito tem sido dito e escrito sobre Legística e sobre avaliação de políticas públicas, sempre com a perspectiva da dualidade. Nesse sentido, este trabalho busca justamente uma aproximação das definições e objetivos das técnicas de avaliação de políticas públicas e das técnicas de avaliação de impacto legislativo, sob o argumento de que as políticas públicas são plasmadas pela norma jurídica, portanto, objeto de avaliação quanto a sua eficiência, eficácia e efetividade. Mais do que isso, a presente pesquisa mostra que as avaliações de impacto são realizadas no Brasil sob o mesmo enfoque e usando os instrumentos apresentados pela literatura para avaliação de políticas públicas.

A observação dos objetos dessa crítica ocorre sob a perspectiva de que a avaliação de impacto legislativo, embora esteja adstrita ao campo de estudo da Legística, também trata da avaliação de políticas públicas. As duas ciências são consideradas como campos autônomos de apreensão da realidade, com origens distintas: as políticas públicas como subáreas da ciência política, e a Legística como ramo da ciência da legislação. Entretanto, ambas são consideradas como processo de avaliação das políticas públicas, pois possuem objetivos comuns, quais sejam, avaliar a qualidade e o impacto das políticas sociais, econômicas ou políticas promovidas pelos governos.

A primeira parte do estudo traz conceitos e campo de atuação das políticas públicas e processos de avaliação. O estudo inova ao expor uma proposta principiológica para conceituar uma *política pública*. Na segunda parte, apresenta-se um resumo da *Legística*, além do campo de origem da avaliação de impacto legislativo e suas concepções. A conclusão revela uma abordagem integrativa das duas áreas de atuação do governo em relação ao monitoramento da tomada de decisão política, que é, a um só tempo, o objetivo da avaliação de políticas públicas e da avaliação do impacto legislativo.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS: UM CONCEITO TRANSDISCIPLINAR

O advento do Estado Social propiciou o surgimento do verbete *políticas públicas* como subárea das políticas públicas. Segundo Celina Souza, a ciência contou com a contribuição de quatro autores: Harold Laswell (1936), que, nos anos 1930, introduziu a expressão análise de políticas públicas (*policy analysis*); Herbert Simon (1957), que trouxe o conceito de racionalidade limitada dos decisores políticos (*policy makers*); Charles E. Lindblom (1959; 1979), que incorporou outras variáveis à formulação de análises de políticas públicas, como as relações de poder e a integração entre as diferentes fases do processo decisório; e David Easton (1965), que redefiniu a política pública como um sistema fruto de formulação, resultados e ambiente.¹

As políticas públicas são o resultado da ação do Estado na ordenação da vida social. Essa intervenção do Estado ocorre na forma da norma jurídica, da edição de leis e atos normativos, que conferem direitos e estabelecem deveres aos integrantes da sociedade. Os governos tomam decisões políticas que impactam a vida de todos os componentes da sociedade, quer seja para determinar a carga horária do trabalhador ou o tempo necessário de contribuição com a previdência social para garantia de aposentadoria, quer seja para instituir cronograma de vacinação.

Os elementos que permeiam os conceitos de políticas públicas constantes de dicionários de ciência política podem ser, assim, descritos: a) institucional: a política é elaborada ou decidida por autoridade formal legalmente constituída no âmbito da sua competência, vinculando a coletividade; b) decisório: a política é um conjunto-seqüência de decisões relativo à escolha de fins e/ou meios, de longo ou curto alcance, numa situação específica e como resposta a problemas e necessidades; c) comportamental: implica ação ou inação, fazer ou não fazer nada; mas uma política é, acima de tudo, um curso de ação e não apenas uma decisão singular; d) causal: são os produtos de ações que têm efeitos no sistema político e social.²

Coincidentes no conceito geral e nas características essenciais das políticas públicas, distintos autores ressaltam que o formato concreto depende do estágio de maturidade de cada sociedade no que se refere a sua eficácia, estabilidade, transparência dos procedimentos e do grau de participação dos diversos atores interessados nas políticas.³

As políticas públicas podem ser realizadas, exclusivamente, pelos governos constituídos em suas esferas federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, como em conjunto com a sociedade civil organizada. As políticas podem ser micropolíticas, quando têm objetivos regionalizados ou setoriais. Também se pode falar em políticas públicas mundiais, todas, no entanto, são frutos de macropolíticas, ou seja, políticas públicas concebidas por instituições governamentais.⁴

Quanto à esfera de governo, as políticas podem ser classificadas em políticas públicas de Estado e políticas públicas de Governo. As diferenças entre essas duas modalidades são: os objetivos, a forma de elaboração, o planejamento e execução, e a forma de financiamento.⁵

As políticas de Estado focam suas ações na consolidação institucional da organização política do Estado, na consolidação do Estado Democrático de Direito, na garantia da soberania nacional e da ordem pública. As políticas públicas de Governo buscam a promoção de ações pontuais de proteção e promoção dos direi-

1 SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

2 SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 31.

3 SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 32.

4 SOARES, Hector Cury. Políticas públicas e controle judicial: o papel da decisão judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 19-36, jan./jun. 2012.

5 AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 233.

tos humanos específicos expressos na Constituição Federal. As políticas públicas de Estado são realizadas, exclusivamente, pela Administração, sem quebra de continuidade, nem delegação a terceiros, ao contrário das políticas de governo, que podem ser implementadas por entidades da sociedade civil organizada.

As políticas públicas de Estado tendem à perenidade, uma vez que não estariam ligadas a uma ideologia político-partidária característica dos governos a cada mandato. As políticas de Estado são financiadas, exclusivamente, pela sociedade mediante a arrecadação de impostos. As políticas públicas de Governo podem contar com recursos privados para sua implementação, ainda que sejam reguladas pelo Estado.⁶

Toda política pública possui um marco legal que impõe um dever de realização por parte dos poderes estatais. A normatividade que lhe é inerente se faz acompanhar da coercitividade subjacente a limitação jurídico-constitucional. Nesse sentido, toda política pública deve ser submetida ao controle jurisdicional do Estado imposto pela Constituição, um controle negativo em limitação às maiorias parlamentares ou à discricionariedade do administrador público.⁷

2.1. O estado da arte

Há variados conceitos da locução *políticas públicas* que podem colaborar para a identificação de princípios que orientam o tema. Política pública é o resultado de um processo que envolve os esforços dos diversos sujeitos de direito que compõem a sociedade, que contribuem com seus conhecimentos específicos na formulação e execução de decisões com vistas à realização do bem comum.

Políticas públicas, sob a forma weberiana, são ações e decisões revestidas do poder legal-racional que subjaz a atuação estatal.⁸ Políticas públicas, sob a perspectiva econômica, são o resultado da ação política que envolve a negociação de interesses divergentes numa sociedade de escassez de recursos públicos. Sob a ótica do Estado de Direito, são ações da administração pública com vistas à garantia da proteção social da sociedade, com garantia de renda mínima, saúde, educação, habitação, saneamento básico e segurança.⁹ E, sob uma configuração operacional, consistem num sistema de decisões públicas que visam à consecução de ações ou omissões, por meio de definição de objetivos e estratégias de atuação e de alocação de recursos, de caráter preventivo ou corretivo, com o objetivo de manter ou modificar a realidade de um ou de vários setores da vida social para atingir os objetivos estabelecidos politicamente.¹⁰

As políticas públicas decorrem do poder estatal e assumem caráter transdisciplinar porque requerem a ação compartilhada das diversas instâncias que compõem o Governo e a sociedade por meio de ações jurídicas, sociais e administrativas. Nesse contexto, a política pública pode ser resultado de uma escolha racional de um agente decisor, típico de decisão da esfera econômica; pode ser um *output* da organização governamental, em articulação da administração e da teoria de organizações; e pode ser resultante de negociações políticas, objeto de estudo dos cientistas políticos e dos sociólogos.¹¹ O conceito de políticas públicas corresponde a campos multidisciplinares, pois buscam sintetizar teorias da sociologia, da ciência política e da economia.¹²

Políticas públicas são o resultado da transferência de recursos financeiros por parte da sociedade, por

6 AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 235.

7 SOARES, Hector Cury. Políticas públicas e controle judicial: o papel da decisão judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 19-36, jan./jun. 2012.

8 RODRIGUES, Marta M. Assunção. *Políticas públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010. p. 16-17. (Folha Explica).

9 RODRIGUES, Marta M. Assunção. *Políticas públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010. p. 17-18. (Folha Explica).

10 SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 29.

11 MONTEIRO, Jorge Vianna. Os níveis de análise das políticas públicas. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 250.

12 SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 26, jul./dez. 2006.

meio de impostos, para que o Estado gerencie a distribuição desses mesmos recursos mediante a provisão das necessidades coletivas e da mediação dos conflitos sociais. Consistem na atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações para a consolidação do Estado Democrático de Direito, com vistas à proteção e à promoção dos direitos humanos.¹³

O fluxo de decisões públicas molda as políticas públicas, objetivando o equilíbrio ou desequilíbrio social, a fim de modificar a realidade. São estratégias com diversos fins, em atendimento aos desejos de variados grupos que participam do processo decisório. Esses processos teriam como finalidade última a consolidação da democracia, a justiça social, a manutenção do poder e a promoção da felicidade das pessoas; são um sistema de decisões públicas, composto por ações ou omissões, preventivas ou corretivas, tendentes a manter ou modificar a realidade de um ou de vários setores da vida social, por intermédio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos.¹⁴

Políticas públicas são o resultado da interação entre os diversos grupos que compõem a sociedade que, de forma pacífica, na defesa de interesses, valores e objetivos divergentes, tomam decisões coletivas que influem na dinâmica dessa sociedade. Compreendem a intervenção do Estado na sociedade, por intermédio de ações jurídicas, sociais e administrativas.¹⁵ São programas de ação governamental para coordenar os meios à disposição do Estado, com a parceria das atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Essas ações governamentais resultam de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados — processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial. Importante ressaltar a possibilidade de sanção dos agentes governamentais investidos de poder para a definição das políticas públicas.¹⁶

Ainda sob uma visão processual, políticas públicas são ações empreendidas pelo Estado na implementação de um projeto de governo, por meio de programas e ações voltadas para setores específicos da sociedade. Portanto, são ações, resultados de um processo de tomada de decisões, que abrangem órgãos públicos, diferentes organismos e agentes da sociedade envolvidos com a política em foco.¹⁷

As políticas públicas são o resultado do funcionamento ordinário do Estado e estão condicionadas pela política competitiva e pela política constitucional. A Constituição Federal define as regras do jogo, os parâmetros para o desenvolvimento da competição política, bem como os conteúdos dos programas de ações governamentais.¹⁸

Políticas públicas são entendidas como o meio que dispõe o Estado de eliminar as insatisfações da sociedade diante da incapacidade ou do desinteresse do capital de fornecer determinados bens. Também são consideradas o meio pelo qual os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real, sujeitas a acompanhamento e avaliação; são os resultados da atividade política.¹⁹ Mais do que resultado da atividade política, políticas públicas são a concretização de normas políticas, visando a objetivos definidos. A norma política estabelece o que, como e para que fazer política; e a política pública se utiliza de instrumentos jurídicos para finalidades políticas.²⁰

13 AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 225.

14 SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 29.

15 RODRIGUES, Marta M. Assunção. *Políticas públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010. p. 19. (Folha Explica).

16 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 38.

17 HOFLING, Eloisa. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos Cedes*, ano 21, n. 55, p. 31, nov. 2001.

18 COUTO, Cláudio. Política constitucional, política competitiva e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 99.

19 SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 28, jul./dez. 2006.

20 DERANI, Cristiane. Política pública e a norma jurídica. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre*

Além da intervenção do Estado na sociedade a fim de resolver um problema, a política pública consiste numa forma de exercício de poder nas sociedades democráticas, resultado das relações entre Estado e sociedade. Essa inter-relação pressupõe algumas condições apriorísticas, como a capacidade de planificação do Estado, consolidada administrativa e politicamente; a coexistência e independência de poderes e a vigência de direitos de cidadania; assim como a capacidade coletiva de formulação de agendas públicas.

Em suma, as políticas públicas compreendem o conjunto de programas de ações governamentais racionalmente moldadas dentro de um período estipulado, implantadas, avaliadas, dirigidas à realização de direitos e de objetivos social e juridicamente relevantes para a sociedade. Elas são concebidas para a distribuição e redistribuição de bens e posições que concretizem oportunidades para cada pessoa viver com dignidade no exercício dos seus direitos garantidos pela Constituição Federal, assegurando-lhes recursos e condições para a ação, assim como a liberdade de escolha aos cidadãos para fazerem uso desses recursos.²¹

2.2. Uma proposta de descrição principiológica

Princípios são a base, o ponto de partida para a organização e implementação de processos, ideias ou atividades. Conjunto de proposições diretivas que subordina o entendimento que lhe é subsequente, premissas, regras fundamentais ou linha norteadoras de uma matéria, ideia, processo ou procedimento.²²

Ao considerar os diversos conceitos de políticas públicas, é possível depreender que existem características que fundamentam um conceito. Diante disso, são apresentados alguns princípios que norteiam a ideia de políticas públicas. Dentro de um conceito simplificado, política pública é toda ação dos órgãos que compõem um governo instituído (Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) com uso de recursos públicos ou em convênio com o setor privado, cujos resultados tenham finalidade social.

A *legalidade* corresponde à ideia de que a ação deve ser formalizada por instrumento normativo que assegure a aplicação da coercitividade e a possibilidade de controle. A *autoridade estatal* é a ação que deve ser realizada por agentes públicos revestidos do poder de desenhar, implementar e monitorar a política pública (Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário). A *coercitividade* é a ação que deve ser passível de controle da aplicabilidade pelo Poder Judiciário e Ministério Público. A *finalidade* se vincula à ação que deve atender aos interesses da sociedade, seja oferecendo soluções de distribuição e redistribuição de renda, seja na instituição de direitos ou regulação de regras de convívio. A *transparência* é a ação que deve permitir a consulta e a participação ativa e equilibrada dos diversos setores da sociedade afetados pela política pública (conselhos de políticas públicas, sindicatos, organizações não-governamentais e a sociedade civil).

2.3. Avaliação de políticas públicas no Brasil

A avaliação de uma política pública consiste em fazer levantamento de indicadores para avaliar a sua efetividade. A avaliação busca dar maior racionalidade no processo de subsídio à tomada de decisões em torno das políticas públicas.

A Portaria Interministerial, de 08.04.2016, instituiu o Comitê de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas Federais (CMAP), com o objetivo de aperfeiçoar as políticas públicas, programas e ações do Poder Executivo Federal para o alcance de melhores resultados; o aprimoramento na alocação de recursos e melhoria na qualidade do gasto público. Participam do CMAP: o Ministério Público, o Ministério da Fazenda, a Casa Civil e a Controladoria Geral da União. Prestam apoio ao Comitê: o Instituto de Pesquisa Econômica

o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 136.

21 MASSA-ARZABE, Patrícia H. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 63.

22 SANCHES, Osvaldo M. *Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins*. 2. ed. Brasília: Prima/Oms, 2004. p. 276.

Aplicada (IPEA), o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) e a Secretaria de Agricultura Familiar (SAF).

A fim de estabelecer objetivos estratégicos de modernização do Estado, a lei que instituiu o Plano Plurianual 1996/1999 determinou a exigência de relatório de acompanhamento de sua execução. A Lei n. 4.320/1964, que estabeleceu a classificação funcional-programática do Governo Federal, foi regulamentada pela Portaria n. 17, de 12.11.1998, trazendo uma nova conceituação para as ações que envolvessem as políticas públicas: programas, projetos, atividades e operações especiais.

A programação se divide em atividade finalística, que agrupa programas ou conjuntos de projetos, atividades e ações voltadas para a solução de problemas da população; e programação instrumental, direcionada à gestão da administração e de capacidade (planejamento, administração financeira, controle, administração de pessoal, comunicação, dentre outros).²³

De modo geral, há quatro caminhos para criação de políticas públicas: a) comunicação pública, com o uso dos meios de comunicação de massa, que consiste na educação da sociedade sobre determinadas questões que precisam de correção, como esclarecimento sobre o uso da água, programa de racionamento de água no Distrito Federal, programa de esclarecimento sobre direitos das mulheres e da Lei Maria da Penha; b) regulação dos agentes prestadores de serviços; c) incentivos fiscais (Prouni, Fies, Tarifa Social da Energia Elétrica); e d) programas e projetos públicos (programa Bolsa Família, programas habitacionais, serviços de educação públicas).²⁴

Uma política pública implementada por meio de um programa demanda maior interlocução entre agentes para sua avaliação, uma vez que engloba diferentes soluções para o mesmo problema. O Programa de Combate à Fome, por exemplo, envolve variadas ações como distribuição de cestas de alimentos, programa de alimentação escolar, programa de alimentação materno-infantil, programa de distribuição de cupons de alimentação, programa de restaurantes populares e cozinhas comunitárias, programa de transferência de renda.²⁵

A avaliação de programas consiste no esforço analítico de produzir informação e conhecimento para: a) desenhar, implementar e validar programas e projetos sociais; b) usar abordagens metodológicas interdisciplinares da pesquisa social; e c) aprimorar a gestão das intervenções, seja no cumprimento dos seus objetivos (eficácia), seja nos seus impactos mais duradouros e abrangentes em termos de públicos e dimensões sociais alcançados (efetividade), seja nos custos condizentes com a escala e complexidade da intervenção (eficiência).²⁶

A avaliação de programas abrange um esforço multidisciplinar (ciências sociais, economia, antropologia, demografia, estatística, ciência política e administração pública) para fazer levantamento de categorias analíticas, paradigmas e modelos interpretativos, e conceitos para amparar a avaliação das múltiplas dimensões sociais dos programas. A complexidade dos programas e sua avaliação requerem a contratação de pessoal técnico, disponibilidade de instrumentos e métodos, adequação de equipamentos públicos, alocação de recursos monetários, promoção de capacitação, de forma coordenada no tempo e no território.

A avaliação de programas, também, tem por objetivo dimensionar e entender determinantes de problemas sociais, dimensionamento e caracterização de públicos alvos de possíveis programas, investigar as dificuldades de desenvolvimento de determinadas atividades previstas na implementação de um programa,

23 SILVA, Pedro Luiz Barros. *A avaliação de programas públicos: reflexões sobre a experiência brasileira*. Brasília: Ipea, 2002. p. 40.

24 JANNUZZI, Paulo. Indicadores, monitoramento e avaliação de programas: uma introdução. *Seminário Jurídico realizado no Uniceub, mar. 2017*. Brasília, DF, 2017.

25 JANNUZZI, Paulo. Indicadores, monitoramento e avaliação de programas: uma introdução. *Seminário Jurídico realizado no Uniceub, mar. 2017*. Brasília, DF, 2017.

26 JANNUZZI, Paulo. Indicadores, monitoramento e avaliação de programas: uma introdução. *Seminário Jurídico realizado no Uniceub, mar. 2017*. Brasília, DF, 2017. p. 42-45.

analisar os resultados, efeitos mais abrangentes e custos.²⁷

A avaliação pode concluir por alguns diferentes instrumentos: relatório-síntese, conjunto de tabelas e textos que resumizam indicadores de resultados de políticas e programas, para fins de divulgação a públicos mais abrangentes; estudos avaliativos, análises com base em dados secundários, material documental ou estudos já realizados anteriormente na temática; meta-avaliações, recessões sobre estudos avaliativos, pesquisas e experiências nacionais, subnacionais e internacionais de programas e processos realizados; pesquisas de avaliação, levantamentos primários, qualitativos ou quantitativos, desenhadas como objetivos de produção de evidências específicas, em geral, não disponíveis, mas necessárias ao aprimoramento da intervenção.²⁸

A Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais (ALMG) tem sido considerada precursora na inserção legislativa no processo de avaliação de impacto legislativo, nos moldes defendidos pela Legística. Em 2016, a ALMG publicou o livro ICMS Solidário que consiste nos resultados da Avaliação de Impacto da Lei n. 18.030, de 2009.²⁹

Os dados analisados foram tomados no período de 2000 a 2012, ou seja, com apenas um ano de vigência da lei em comparação com os anos anteriores. A análise consistiu em avaliar os valores distribuídos dos recursos aos municípios, nos anos de 2011 e 2012 e os que teriam sido distribuídos nesse mesmo período sob a vigência da lei anterior (Hobin Hood). Foram identificados como valores efetivos os distribuídos sob a vigência da Lei do ICMS Solidário e como valores simulados os relativos a não vigência da mesma lei.³⁰ Pôde-se constatar que o estudo do impacto da nova norma na sociedade empreendido pela ALMG utilizou-se das técnicas adotadas pelas agências para a realização de avaliação de políticas públicas.

Em 2001, o Tribunal editou a cartilha de orientação de como fazer avaliações de programas governamentais, com a utilização do marco lógico, que é um modelo analítico criado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) para orientar a formulação, a execução, o acompanhamento e a avaliação de programas ou de projetos governamentais. Trata-se, pois, de um instrumento de planejamento obrigatoriamente adotado por todas as organizações públicas que postulam financiamento junto ao Banco.³¹

O modelo permite responder a questões como: se os objetivos fixados guardam nítida relação com a finalidade última do programa ou projeto auditado, bem como se definem precisamente os bens e serviços que serão ofertados, e a clientela que será beneficiada; se os objetivos de cada nível hierárquico mantêm relações de causalidade plausíveis entre si; e se o impacto (ou benefícios) almejado é claro e mensurável.³²

Para obter respostas objetivas às questões, o modelo de marco lógico trata os programas ou projetos como conjuntos logicamente estruturados de processos organizacionais que devem atingir tanto a finalidade quanto os objetivos desses programas ou projetos. Essa estrutura lógica deve conter os seguintes itens: a) atividades: tarefas que devem ser executadas para a geração de bens e serviços; b) produtos: bens e serviços ofertados (metas fixadas); c) objetivos: resultados diretos associados à geração de bens e serviços; e d) finalidades: benefícios almejados (impacto da ação governamental).

27 TREVISAN, Andrei; BELLEN, Hans. Avaliação de políticas públicas: uma revisão teórica de um campo em construção. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro: FGV/EBAP, v. 42, n. 3, p. 543, maio/jun. 2008.

28 JANNUZZI, Paulo. Indicadores, monitoramento e avaliação de programas: uma introdução. *Seminário Jurídico realizado no Uniceb*, mar. 2017. Brasília, DF, 2017.

29 COELHO, Daniel Caria Braga; BEDÊ, Júlio Cadaval (Org.). *Avaliação de impacto da Lei do ICMS Solidário*: Lei n. 18.030, de 2009. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2016. p.13.

30 COELHO, Daniel Caria Braga; BEDÊ, Júlio Cadaval (Org.). *Avaliação de impacto da Lei do ICMS Solidário*: Lei n. 18.030, de 2009. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2016. p. 27.

31 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Técnicas de auditoria*: marco lógico. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo, 2001. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/control-externo/normas-e-orientacoes/tecnicas-estudos-e-ferramentas-de-apoio/>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

32 Tribunal de Contas da União. *Técnicas de auditoria*: marco lógico. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo, 2001. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/control-externo/normas-e-orientacoes/tecnicas-estudos-e-ferramentas-de-apoio/>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

O marco lógico deve demonstrar, sucessivamente, a compatibilidade lógica entre a finalidade (impacto da ação governamental), o objetivo, os produtos e as atividades. O objetivo é avaliar se a realização das atividades resultou em produtos (bens e/ou serviços) que, entregues à clientela, alcançaram os objetivos propostos. As consequências da realização do objetivo compreendem o impacto esperado, que corresponde à finalidade do programa ou projeto.³³

O Senado Federal iniciou as análises de impacto legislativo sucessivas em 2014, com a edição da Resolução n. 44, de 17 de setembro de 2013, que instituiu um modelo de acompanhamento das políticas públicas implementadas pelo Poder Executivo. A metodologia utilizada consiste na realização de audiências públicas e na coleta de dados apresentados por agências governamentais e entidades privadas. As análises se utilizam do instrumental apresentado pelo Tribunal de Contas da União, qual seja, o marco lógico, recurso empregado pelas agências para avaliação de políticas públicas.

Ao consultar as avaliações de impacto legislativo, realizadas pelo Senado Federal, a partir da busca no sítio das comissões permanentes, pôde-se constatar que se tratam de avaliações de políticas públicas, sob a denominação de avaliação de impacto legislativo. Mais uma evidência da confusão travada em torno dos conceitos que buscam diferenciar o que seja avaliação de políticas públicas e avaliação de impacto legislativo.

3. LEGÍSTICA: AVALIAÇÃO DA QUALIDADE DA LEI

A Legística é conceituada como um ramo da ciência da legislação, domínio da ciência jurídica, econômica e ciência política que, de forma partilhada, tem como foco de estudo o processo de formação da norma jurídica. A construção da ciência da legislação teve início no século XX, a partir de 1947, na Itália, e retomado num momento de crise da legislação na Suécia, Alemanha e Áustria, nos anos 1970.³⁴

A Legística se divide em material ou metódica da legislação e formal. A Legística material se ocupa da: a) identificação e definição de um problema cuja solução é atribuída à ação legislativa; b) determinação dos objetivos da legislação; c) definição dos meios potencialmente aptos a gerar os efeitos pretendidos pela legislação e das alternativas diversas para a solução do problema; d) avaliação legislativa prospectiva ou *ex ante*, consistente na averiguação da capacidade de os possíveis efeitos a serem produzidos pela legislação estarem aptos a realizar os fins declarados ou implícitos da legislação; e) escolha do meio ou solução legislativa que será submetida à votação; f) implementação da lei; g) avaliação legislativa retrospectiva ou *ex post*, consistente no exame dos reais efeitos produzidos pela legislação e na sua comparação com os objetivos declarados ou implícitos da legislação.³⁵ A Legística formal se destina a otimizar o círculo de comunicação legislativa, fornecendo princípios a fim de melhorar a compreensão e o acesso aos textos legislativos.³⁶

Há propostas de mensuração da qualidade da lei, sob o ponto de vista do processo de formulação das leis e do processo decisório, que geram três critérios de avaliação de eficiência legislativa: generalidade da lei, custos/benefícios e impacto territorial.³⁷ Sob a ótica das políticas públicas, as leis podem assumir caráter de

33 Tribunal de Contas da União. *Técnicas de auditoria: marco lógico*. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo, 2001. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/control-externo/normas-e-orientacoes/tecnicas-estudos-e-ferramentas-de-apoio/>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

34 MORAIS, Carlos Blanco de. *Manual de legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor*. Portugal: Verbo, 2007. p. 37-47.

35 SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre modo de produção de leis. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 234-235, 2013.

36 SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 50, p. 126, jan./jul. 2007. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/articles/31.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

37 RICCI, Paolo. A medida das leis: do uso de noções genéricas à mensuração do imponderável. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, São Paulo, n. 54, p. 101-123, 2º semestre de 2002.

políticas distributivas, regulatórias e redistributivas, ou sob a lógica do poder de coerção, ou, ainda, a partir dos custos e benefícios, se concentrados ou difusos.

A qualidade da lei está relacionada com a capacidade de se impor, formalmente, nos comportamentos sociais e fazer com que entrem no horizonte de orientação efetiva dos comportamentos institucionais. A qualidade, também, se relaciona com as possibilidades de sanção em caso de não aplicação; bem como com a precisão no uso das palavras. Ademais, deve ser avaliada sobre o atingimento das metas desenhadas no programa na perspectiva das políticas públicas.

3.1. Legística formal: princípios e processo de formação de políticas públicas

A função de criar leis é competência do Poder Legislativo. As leis de abrangência nacional são apreciadas pelo Congresso Nacional, discutidas em momentos distintos pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. A elaboração de leis estaduais e municipais é exercida pelas assembleias legislativas e pelas câmaras municipais.

Os projetos de lei em geral, além de serem apreciados pelo Congresso Nacional, devem receber a sanção do Presidente da República. Algumas matérias são da competência exclusiva do Congresso Nacional, dispensando a sanção do Poder Executivo (arts. 49, 51 e 52 da Constituição Federal). Os arts. 174 e 175 da Constituição Federal estabelecem que o Estado deve atuar como agente normativo e regulador da economia, prestar serviços públicos, elaborar planos, com valor vinculante para o setor público e indicativo para o setor privado.

No texto constitucional, os arts. 21 e 22 determinam as matérias que podem ser objeto de projetos de lei federal, como direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, dentre outros. O art. 25 institui a atuação dos Estados e o art. 30 delimita o campo de atuação dos municípios. O Distrito Federal dispõe das competências estaduais e municipais, conforme estabelecido no art. 32, § 1º, da Constituição Federal.

Outras matérias podem ser objeto de legislação federal, mas também comportam iniciativa estadual ou do Distrito Federal. São as matérias de competência comum, enumeradas nos arts. 23 e 24 da Constituição Federal, como direito tributário, financeiro, penitenciário, previdenciário, social, educacional, florestal e outros. Nesses casos, de legislação concorrente, o Congresso Nacional estabelece as normas gerais e os estados legislam em caráter suplementar. É nesse rol de prerrogativas legislativas que se encontra a maioria das políticas públicas, a exemplo das políticas sociais, matérias que envolvam saúde, educação, cultura, meio ambiente e habitação.

O processo legislativo tem regras específicas, pois é disciplinado pela Constituição Federal, pela Lei Complementar n. 95/1998, pelos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e pelo Regimento Comum às duas casas.³⁸

A Lei Complementar n. 95/1998 dispõe sobre as regras para elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. O Decreto n. 4.176/2002 trata da técnica legislativa, da estrutura da lei, subdividindo-a em partes preliminar, normativa e final. Estabelece regras de redação e critérios de clareza, precisão e lógica na linguagem. Dispõe sobre a articulação dos textos, além de estabelecer uma sistemática de consolidação e codificação dos atos normativos. O Decreto n. 4.176/2002, também, determina a forma de tramitação interna no âmbito do Poder Executivo dos textos que devam ser encaminhados à votação pelo Congresso Nacional, os decretos administrativos e regulamentos.

O Decreto n. 4.176/2002 obriga, ainda, o anteprojeto de lei se fazer acompanhar da exposição de motivos que deve conter a justificativa fundamentada de modo a possibilitar defesa prévia em eventual decla-

38 Cf. O processo de formação de leis. Ver ANDRADE, Aparecida; COUTINHO, Robson. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados aplicado às comissões*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016. p. 37-40.

ração de inconstitucionalidade, justificação do instrumento normativo, indicação das normas correlatas ou revogadas, indicação da dotação orçamentária, quando houver aumento de despesas, e demonstração da relevância e urgência para as medidas provisórias.

O processo de elaboração de uma lei tem início na redação da proposição, passa por uma tramitação subordinada a regras constitucionais e regimentais e finaliza com sua promulgação e aplicação material. Esse processo ritualístico não leva em consideração, no entanto, uma avaliação prévia sobre a necessidade de edição dessa lei, tampouco uma avaliação dos impactos esperados. O processo legislativo, também, não realiza uma avaliação *a posteriori*, a fim de confirmar a efetividade da norma e a necessidade de correções.

Os sete princípios que devem orientar o processo de elaboração de uma lei são: necessidade, proporcionalidade, subsidiariedade, transparência, responsabilidade, acessibilidade e simplicidade.³⁹

O princípio da *necessidade* trata de uma avaliação prévia sobre a necessidade de inovação ou alteração do ordenamento jurídico para se alcançar os objetivos pretendidos; se há alternativas infralegais. A Legística pode contribuir sobremaneira para a redução da quantidade de proposições em tramitação, especialmente no Brasil. Desde a edição da Constituição Federal de 1988, até 2014, foram editadas 160.107 normas, 6 emendas constitucionais de revisão, 83 emendas constitucionais, 2 leis delegadas, 88 leis complementares, 5.286 leis ordinárias, 1.266 medidas provisórias, 5.491 reedições de medidas provisórias, 11.304 decretos federais e 130.580 normas complementares (portarias, instruções normativas, ordens de serviço, atos declaratórios, pareceres normativos etc.).⁴⁰

O princípio da *proporcionalidade* busca os instrumentos legislativos mais adequados ao fim específico que se espera alcançar. A escolha do instrumento normativo mais adequado objetiva evitar a excessiva liberalidade aos formuladores das normas regulamentares (mormente do Poder Executivo) ou das individualizadas (características do Poder Judiciário) ou a desnecessária rigidez dos trâmites das normas ordinárias e constitucionais (quase exclusivas do Poder Legislativo).

O princípio da *subsidiariedade* informa que a proposição deverá ser submetida a alguma análise para verificar se não há invasão de competência, consideradas as esferas de atuação previstas para os entes federativos, estados, municípios e União.

O princípio da *transparência* consiste na consulta e na participação ativa e equilibrada dos diversos setores da sociedade afetados pela norma a ser elaborada. A presença de grupos sociais e representantes de classes nas instâncias decisórias promove a melhoria da qualidade da legislação por incluir nos debates as impressões trazidas pelos destinatários finais.

O princípio da *responsabilidade* requer que seja de conhecimento público qual órgão foi autor da legislação, de modo que, se houver necessidade de adequação e de responsabilização, ele possa ser acionado.⁴¹ Portanto, esse princípio impõe tanto a divulgação dos colegiados que promoveram a regulamentação, como dos canais de acesso (ouvidorias, atendimento ao cidadão, agências reguladoras, dentre outros).

O princípio da *acessibilidade* se configura na apreensão por parte dos destinatários da existência e da disponibilidade do ordenamento jurídico. Cabe aos órgãos geradores das leis a responsabilidade de publicá-las no sentido de prestar contas de seu papel institucional, essencialmente para que as pessoas tenham consciência

39 LOPES, Fabio. *Princípios do processo legislativo: uma perspectiva interdisciplinar e sistêmica*. 2009. 93f. Monografia (Especialização em Processo Legislativo) - Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor) da Câmara dos Deputados. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Brasília, 2009. p. 59-63. Disponível em: <<http://bd.camar.gov.br>>. Acesso em: 25 maio 2017.

40 AMARAL, Roberto et al. *Quantidade de normas editadas no Brasil: estudo do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT)*, out. 2014. p. 3. Disponível em: <<http://www.ibpt.org.br>>. Acesso em: 26 maio 2017.

41 LOPES, Fabio. *Princípios do processo legislativo: uma perspectiva interdisciplinar e sistêmica*. 2009. 93f. Monografia (Especialização em Processo Legislativo) - Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor) da Câmara dos Deputados. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Brasília, 2009, p. 59-63. Disponível em: <<http://bd.camar.gov.br>>. Acesso em: 25 maio 2017.

das leis a que se submetem, e pelas quais se protegem, no convívio social.⁴²

O princípio da *simplicidade* proporciona facilidade de compreensão do significado das leis. Portanto, o texto da norma deve obedecer a uma estrutura característica e respeitar certas formalidades, promovendo mais objetividade e clareza, sem referências obscuras, conceitos herméticos ou linguajar antiquado.⁴³

A Legística incorpora novos elementos ao processo legislativo que podem contribuir para o seu aprimoramento, como a análise *a priori* e *a posteriori*. Aprimora, portanto, o processo de elaboração e aplicação de políticas públicas.

3.2. Avaliação de impacto legislativo

A melhoria nesse processo de avaliação prévia e o monitoramento da lei compreendem o campo da Legística material. A avaliação do impacto legislativo (AIL) tem por objetivo o aumento da quantidade e da qualidade das informações disponíveis no processo de tomada de decisões políticas. Consiste numa análise sistematizada dos impactos econômicos, sociais e ambientais associados a um projeto de lei ou a uma lei já existente. Dentre os principais objetivos da AIL, destacam-se: estabelecimento dos objetivos da norma; identificação dos problemas que a norma pretende equacionar; desenvolvimento das principais proposições alternativas; análise dos impactos das opções; comparação das opções; monitoramento e avaliação futura de políticas.

A avaliação do impacto da lei pode ser utilizada para calcular o impacto e os efeitos da aplicação de uma legislação, bem como aferir se a legislação atendeu às expectativas do legislador.⁴⁴ As avaliações legislativas podem ter caráter descritivo ou explicativo: descritivo quando analisam as causalidades entre os efeitos da lei e a vontade do legislador; e explicativo quando, além de observar essa causalidade, oferecem explicações para os fenômenos sociais observados. Nesse contexto, os objetivos da avaliação de impacto legislativo se igualam aos objetivos da avaliação de políticas públicas.

A interpretação objetiva da lei prescinde da vontade do legislador histórico, mas nunca da apreciação dialógica entre a letra da lei e a situação concreta de vida.⁴⁵ O legislador conceitua as situações de vida de forma tão precisa quanto possível, e o aplicador da lei, por meio da jurisprudência, amplia o âmbito de conceitos para realizar a justiça no plano material.

O processo de elaboração legislativa deve ser balizado por questionamentos quanto à necessidade de aprovação da lei, quais os benefícios para a sociedade, como se dará a administração pública da política pública, quais os custos e os incentivos envolvidos na implementação da política pública, quais os resultados esperados, quais os custos econômicos e sociais, como ocorrerão a avaliação e a execução do programa.

Somente, quando um ato legislativo entra no ordenamento jurídico, é possível avaliar se os objetivos pretendidos foram plenamente atingidos. Nesse sentido, faz-se necessária a avaliação legislativa, pois os atos normativos podem ter efeitos colaterais não pretendidos ou imaginados pelo legislador.

Os efeitos podem ser avaliados sob a ótica da efetividade, da eficácia e da eficiência. Há eficácia na lei quando o destinatário observa sua aplicação. A avaliação de impacto, no entanto, deve poder avaliar se o

42 LOPES, Fabio. *Princípios do processo legislativo: uma perspectiva interdisciplinar e sistêmica*. 2009. 93f. Monografia (Especialização em Processo Legislativo) - Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor) da Câmara dos Deputados. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Brasília, 2009. p. 59-63. Disponível em: <<http://bd.camar.gov.br>>. Acesso em: 25 maio 2017.

43 LOPES, Fabio. *Princípios do processo legislativo: uma perspectiva interdisciplinar e sistêmica*. 2009. 93f. Monografia (Especialização em Processo Legislativo) - Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor) da Câmara dos Deputados. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Brasília, 2009. p. 59-63. Disponível em: <<http://bd.camar.gov.br>>. Acesso em: 25 maio 2017.

44 SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre modo de produção de leis. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 238, 2013.

45 KAUFMAN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução: Antonio Ulisses Cortês. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 186-187.

comportamento do destinatário da lei se deve à edição da norma ou se prescinde dela. Se o enunciado da lei não estiver claramente definido, fica inviável avaliar sua efetividade. Os objetivos, destarte, podem estar inscritos no preâmbulo, na justificativa ou nos debates que antecederam sua aprovação e não necessariamente no corpo da norma.⁴⁶

A efetividade da norma passa pela eficácia se a norma atingir os objetivos estabelecidos pelo formulador da lei. A efetividade, no entanto, pode ser atendida sem a obediência à lei, estimulada por outros fatores. Como exemplo, cita-se a lei do imposto de renda. Se todos declararem o imposto de renda, sem sonegação, então a lei poderá ser considerada eficaz. Se o governo puder, a partir das declarações de imposto de renda ao longo dos anos, projetar as receitas a receber em determinado período, pode-se dizer que a lei é efetiva.

A eficiência, por sua vez, constitui a razão entre os custos e benefícios da edição de uma norma, em que os efeitos compatíveis com os objetivos traçados pelo legislador serão considerados benefícios. Os custos podem ser avaliados sob a perspectiva interna, correspondendo aos custos sofridos pelo legislador ou pelo poder público. Do ponto de vista externo, os custos estão associados às inconveniências sofridas pelo destinatário da legislação.

A avaliação legislativa tem seus limites quanto à oferta de medidas de eficácia e eficiência, podendo, todavia, evidenciar as relações causais subjacentes à ação legislativa, ressaltando as finalidades que podem intervir na elaboração e na aplicação de determinada lei, bem como os fenômenos previstos ou imprevistos pelo legislador.⁴⁷

A avaliação da qualidade legislativa, por ser complexa, deve ter caráter sistêmico e ocorrer a logo prazo. A fim de garantir a qualidade da aplicação dos recursos públicos, as avaliações prévias devem acompanhar a proposta legislativa, com estimativa de impacto nas leis orçamentárias. Também devem ser realizadas pesquisas de impacto na sociedade e na atuação dos operadores do Direito. Do mesmo modo, deve ser realizado o acompanhamento posterior, com a fiscalização da aplicação desses recursos, bem como avaliação do atendimento aos objetivos iniciais.

A necessidade do acompanhamento da estimativa de impacto já é pré-requisito para as proposições que impliquem aumento da despesa ou redução da receita e criação de cargos, conforme já estipulado na Lei de Responsabilidade Fiscal. Não obstante a obrigatoriedade, essa dinâmica só se aplica às proposições apreciadas no âmbito da Câmara dos Deputados para as normas e impacto federal.

O Senado Federal iniciou um processo de avaliação de impacto legislativo ainda de modo incipiente. No entanto, parece ser essa a tendência a ser seguida pelo Poder Legislativo, como se traduz na iniciativa legislativa que determina que “pelo menos dois programas, projetos ou atividades públicas de elevado impacto fiscal sejam analisados, a cada ano, pela União, pelos estados e por municípios com mais de duzentos mil habitantes”, com vistas a aferir a qualidade, a eficiência e a pertinência da sua manutenção bem como a relação entre custos e benefícios, devendo o resultado da avaliação ser tornado público.⁴⁸

Os gestores de políticas públicas têm papel de maior relevância no processo decisório das políticas de governo porque participam de todo o processo de formulação, implementação e avaliação dessas políticas. O processo de avaliação das políticas públicas, também, é atribuição dos agentes públicos encarregados do controle social e do controle interno, como os Tribunais de Contas e Ouvidorias, o Ministério da Transpa-

46 SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre modo de produção de leis. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 239, 2013.

47 SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre modo de produção de leis. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 241, 2013.

48 BRASIL. *Projeto de Lei Complementar nº 185, de 2016*. Propõe alteração na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 1001/2000), a fim de determinar a avaliação anual de pelo menos dois programas, projetos ou atividades públicas de elevado impacto fiscal, pela União, Estados e Municípios com mais de duzentos mil habitantes, para aferir a qualidade, a eficiência e a pertinência da manutenção sob a perspectiva da eficácia e da efetividade das políticas. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

rência e Controladoria Geral da União e o Ipea. Atualmente, o Senado Federal também está inserido no processo de avaliação das políticas públicas. Há proposta legislativa que pretende tornar obrigatória a avaliação do impacto legislativo em todas as instâncias do governo.⁴⁹

3.3. Critérios de avaliação de impacto legislativo

A literatura que defende a aplicação do impacto legislativo não apresenta métodos de avaliação das políticas públicas, mas aponta os critérios balizadores do processo avaliativo, ou seja, a norma é avaliada sob os critérios da eficiência, eficácia e efetividade.⁵⁰

O critério da eficiência da norma confronta os resultados da intervenção política com os custos gerados e propõe um resultado líquido na razão entre custos e benefícios produzidos pela norma. Na avaliação de custo-benefício, estes devem ser quantificados monetariamente. Na impossibilidade de avaliação dos custos-benefícios em termos monetários, podem ser utilizados métodos de análise custo-eficácia, análise custo-utilidade e análise dos custos administrativos.

Os custo-eficácia e o custo-utilidade se dividem em custos com a política normativa, que compõem os custos gerais de investimento, custos com pessoal administrativo, serviços, adoção de procedimentos, custos jurisdicionais, custos derivados de cenários compulsórios e litígios, custos com processos de responsabilização civil extracontratual do Estado, ou com pagamento de outras indenizações, custos com a elaboração e avaliação da norma e custos financeiros gerados suportados pelos destinatários.

Os custos administrativos (*compliance costs*) são gerados com medidas de divulgação, controle, inspeção e sanção suportadas pelas entidades públicas para assegurar a aplicabilidade da política pública, e encargos suportados pelos destinatários para assegurar o cumprimento da lei, como custos com formação profissional, informática, propaganda, testes, pessoal suplementar etc.

O critério da eficácia do ato normativo compara o resultado alcançado pela legislação em relação à vontade do legislador. Os objetivos, quando plurais, podem ser avaliados em termos percentuais.

O critério da observância e tolerância da norma pelos destinatários em alguma instância pode depender da atuação da administração para regulamentar o ato. Alguns indicadores podem auxiliar nessa pesquisa, como a extemporânea regulamentação da norma pelos órgãos de Administração de forma coerente, adequada e temporânea; a existência ou não de duplicidade de procedimentos ou de conflitos de competência na execução da lei; suficiente disponibilidade de recursos humanos, jurídicos, materiais e financeiros na Administração para a implementação da norma; a disponibilidade de procedimentos necessários à aplicação da norma legal em quantidade, adequação e agilidade necessários; a operacionalidade dos serviços de inspeção e supervisão da atuação da Administração para a concretização da política pública; e a remoção ou criação de novos encargos administrativos.

O critério da qualidade formal do ato avalia possíveis deficiências, *a posteriori*, de erros de redação do ato normativo, objeto da Legística formal, que possam ter ocorrido no processo de elaboração da lei e, assim, prejudicar o desempenho da política pública.

49 BRASIL. *Projeto de Lei Complementar nº 185, de 2016*. Propõe alteração na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 1001/2000), a fim de determinar a avaliação anual de pelo menos dois programas, projetos ou atividades públicas de elevado impacto fiscal, pela União, Estados e Municípios com mais de duzentos mil habitantes, para aferir a qualidade, a eficiência e a pertinência da manutenção sob a perspectiva da eficácia e da efetividade das políticas. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

50 MORAIS, Carlos Blanco de. *Manual de legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor*. Portugal: Verbo, 2007. p. 484-491.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após detida análise dos conceitos e exemplos encontrados na literatura sobre os dois temas, pode-se depreender que o entendimento vigente diferencia o que seja avaliação de políticas públicas, avaliação de programas de governo e avaliação de impacto legislativo. A percepção que se tem é que: a) os programas públicos, dada sua complexidade, não necessitam de previsão normativa para sua legitimação; b) a análise de políticas públicas ocorre somente sobre políticas sociais; e c) a análise de impacto legislativo incide sobre o processo de elaboração normativa *stricto sensu*.

A avaliação de políticas públicas e a avaliação de programas públicos consistem em fazer levantamento de indicadores para avaliar a eficiência das políticas públicas em geral. Embora os programas públicos demandem complexidade maior para seu desenho, formulação, implementação e avaliação, a complexidade não pode ser o argumento para lhes tirar o *status* de políticas públicas. A singularidade reside no fato de que programas exigem uma diversidade de instrumentos normativos para sua formulação e implementação. É como se fossem diversas políticas públicas sob uma única rubrica, como é o caso do programa de redução da fome, que implica diversas ações: alimentação escolar, alimentação das gestantes e nutrizes, bolsa-família e renda mínima do agricultor familiar. Embora tratem de uma política pública de governo, algumas dessas ações são implementadas em nível estadual ou municipal e outras em nível federal.

Toda ação governamental com o objetivo de intervir na sociedade para provocar distribuição, redistribuição ou regulação de bens, serviços e direitos identifica uma política pública. Com o advento do estado social, as políticas públicas se concentraram nas áreas mais deficitárias, quais sejam saúde, educação e saneamento básico. A carência demanda mais ação por parte dos governos, gerando uma ênfase nas políticas que buscam regular essas áreas. Disso pode decorrer o entendimento equivocado de algumas políticas públicas que tratam somente de políticas sociais. No entanto, quando os governos regulam a taxa de câmbio, controlam a taxa Selic ou regulamentam a lei do imposto de renda, estão da mesma forma promovendo políticas públicas de caráter econômico.

A avaliação de programas produz informação para o desenho, implementação e validação de programas e projetos sociais com a finalidade de aprimorar a gestão das intervenções. A avaliação ocorre sob a perspectiva da *eficácia* quando verifica o cumprimento dos seus objetivos. A *efetividade* analisa a abrangência das políticas públicas e a duração dos resultados. A *eficiência* considera os custos de sua implementação, dada a complexidade das políticas.

Toda política pública tem um marco legal. Nesse sentido, ao se considerar os objetivos, a metodologia e os princípios aplicados, pode-se afirmar que avaliação de políticas públicas e avaliação de impacto legislativo partem dos mesmos pressupostos de ação e compartilham dos mesmos resultados da avaliação de impacto legislativo: avaliar a eficiência, eficácia e efetividade da norma que institui uma política pública, seja ela distributiva, redistributiva ou regulatória.

Nesse sentido, considerando-se que a normatização das políticas públicas pode ocorrer por instrumentos legais e infralegais, como portarias, decretos, resoluções e atos normativos, natural que a avaliação dessas políticas seja resultado de esforço entre as diversas instituições que compõem a sociedade, dentro da respectiva área de atuação. Os conselhos de políticas públicas, sindicatos e a sociedade civil fazem o controle social; os Poderes Legislativo e Executivo realizam avaliação de impacto legislativo; e o Poder Judiciário faz o controle de legalidade, a fim de assegurar os direitos criados ou negados pelas políticas públicas e o cumprimento da norma jurídica.

Considerando-se os esforços envidados para a realização de avaliações de políticas públicas por órgãos executivos e a avaliação de impacto legislativo pelos Poderes Legislativo e Judiciário e pelo Ministério Público, sugere-se uma união de esforços. Conclui-se, assim, que essa avaliação é competência de diversos agentes da sociedade, Poder Legislativo, Poder Judiciário, Ipea, conselhos de políticas públicas, organizações não-go-

vernamentais, Ministério Público e coletividade. Nesse sentido, o alinhamento das ações, reservadas as áreas de atuação de cada ente público, poderia resultar em redução de esforços, redução de retrabalho, além da ampliação e melhoria dos resultados pela maior abrangência na realização da avaliação das políticas públicas.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

AMARAL, Roberto et al. *Quantidade de normas editadas no Brasil: estudo do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT)*, out. 2014. p. 3. Disponível em: <<http://www.ibpt.org.br>>. Acesso em: 26 maio 2017.

ANDRADE, Aparecida; COUTINHO, Robson. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados aplicado às comissões*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016.

BRASIL. *Projeto de Lei Complementar nº 185, de 2016*. Propõe alteração na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 1001/2000), a fim de determinar a avaliação anual de pelo menos dois programas, projetos ou atividades públicas de elevado impacto fiscal, pela União, Estados e Municípios com mais de duzentos mil habitantes, para aferir a qualidade, a eficiência e a pertinência da manutenção sob a perspectiva da eficácia e da efetividade das políticas. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. *Técnicas de auditoria: marco lógico*. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo, 2001. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/control-externo/normas-e-orientacoes/tecnicas-estudos-e-ferramentas-de-apoio/>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

COELHO, Daniel Caria Braga; BEDÊ, Júlio Cadaval (Org.). *Avaliação de impacto da Lei do ICMS Solidário: Lei n. 18.030, de 2009*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2016.

COUTO, Claudio. Política constitucional, política competitiva e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DERANI, Cristiane. Política pública e a norma jurídica. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

HOFLING, Eloisa. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos Cedes*, ano 21, n. 55, nov. 2001.

JANNUZZI, Paulo. Indicadores, monitoramento e avaliação de programas: uma introdução. *Seminário Jurídico realizado no Uniceub*, mar. 2017.

_____. *Monitoramento e avaliação de programas: uma introdução aos conceitos técnicos*. Campinas, SP: Alinea, 2016.

KAUFMAN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução: Antonio Ulisses Cortês. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

LOPES, Fabio. *Princípios do processo legislativo: uma perspectiva interdisciplinar e sistêmica*. 2009. 93f. Monografia (Especialização em Processo Legislativo) - Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor) da Câmara dos Deputados. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://bd.camar.gov.br>>. Acesso em: 25 maio 2017.

- MASSA-ARZABE, Patrícia H. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MONTEIRO, Jorge Vianna. Os níveis de análise das políticas públicas. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Manual de legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor*. Portugal: Verbo, 2007.
- RICCI, Paolo. A medida das leis: do uso de noções genéricas à mensuração do imponderável. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, São Paulo, n. 54, p. 101-123, 2º semestre de 2002.
- RODRIGUES, Marta M. Assunção. *Políticas públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010. (Folha Explica).
- SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre modo de produção de leis. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 234-235, 2013.
- SANCHES, Osvaldo M. *Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins*. 2. ed. Brasília: Prima/Oms, 2004.
- SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006.
- SILVA, Pedro Luiz Barros. *A avaliação de programas públicos: reflexões sobre a experiência brasileira*. Brasília: Ipea, 2002.
- SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142, jan./jul. 2007. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/articles/31.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2017.
- SOARES, Hector Cury. Políticas públicas e controle judicial: o papel da decisão judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 19-36, jan./jun. 2012.
- SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.
- TREVISAN, Andrei; BELLEN, Hans. Avaliação de políticas públicas: uma revisão teórica de um campo em construção. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro: FGV/EBAP, v. 42, n. 3, p. 529-550, maio/jun. 2008.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Los avatares del interés definido
en términos de poder en la
formulación de las políticas
públicas**

**The avatars of power and
interests in the cycle of public
policies**

Louis Valentin Mballa

Los avatares del interés definido en términos de poder en la formulación de las políticas públicas*

The avatars of power and interests in the cycle of public policies

Louis Valentin Mballa**

RESUMEN

El objetivo de este artículo es analizar la importancia de las variables del interés y del poder en la formulación de las políticas públicas. Se trata de un ejercicio de extrema complejidad que solo puede resolverse gracias a un método analítico-sintético; éste consiste en un proceso de razonamiento que tiende a deconstruir y a reconstruir un todo, a partir de sus unidades de análisis. Se trata de hacer una explosión metódica de las políticas públicas, consideradas como una estructura diferenciada (totalidad), con identidad propia (autonomía). Si bien el artículo se limita a un análisis teórico-conceptual, permite darse cuenta de que las políticas públicas son un ciclo que responde a un tipo de estructura en funcionamiento como resultado de una acción conjugada de varios actores. Las implicaciones sociales, políticas, prácticas y empíricas que subyacen de este planteamiento, indican que, si el interés no está asistido por el poder y vice versa, ambos resultan indiscutiblemente inoperantes e inútiles. Es decir, si el interés carece de recursos de poder, no se pueden establecer las reglas del juego en los escenarios de toma de decisiones de políticas públicas y aún menos, imponer o implementarlas porque las políticas públicas no son mecanismos del tipo medio-fin, de ejecución automática, en las que lo decidido en la fase de formulación es o debe ser lo que les da sentido.

Palabras claves: Poder. Interés. Políticas Públicas. Realismo Político. Toma De Decisiones.

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the importance of the variables of interest and power in the formulation of public policies. It is an exercise of extreme complexity that can only be solved by an analytic-synthetic method; it consists on a process of reasoning that tends to deconstruct and reconstruct a whole, from its units of analysis. It is a methodical explosion of public policies, considered as a differentiated structure (totality), with its own identity (autonomy). Although the article is limited to a theoretical-conceptual analysis, it allows the realization that public policies are a cycle that responds to a type of structure in operation as a result of a combined action of several actors. The social, political, practical and empirical implications underlying this approach indicate that if interest is not assisted by power

* Recibido em 05/07/2017
Aprovado em 11/08/2017

** Doctor en Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI), Miembro de la Asociación Mexicana de Estudios Internacionales (AMEI), Perfil PROMEP, Secretario Ejecutivo de la Red Internacional de Investigadores en Ciencias de Gestión (REINICIG), Miembro del Seminario Permanente de Estudios Africanos. Email: luigvaldo@hotmail.com

and vice versa, both are indisputably inoperative and useless. That is to say, if the interest lacks resources of power, it is not possible to establish the rules of the game in the public policy decision-making stages and still less to impose or implement them because public policies are not medium-end mechanisms, Of automatic execution, in which the decision in the formulation phase is or should be what gives them meaning.

Keywords: Power. Interests. Public Policies. Political Realism. Decision Making.

1. INTRODUCCIÓN

Los análisis e investigaciones en ciencias sociales en general y en políticas públicas en particular, tienen un carácter fundamentalmente poli-paradigmático. Guba¹ considera que son básicamente dos paradigmas y dos teorías los que han orientado la investigación en ciencias sociales: el positivismo, el pospositivismo (o racionalismo crítico), la teoría crítica y el constructivismo. Las diferencias entre esas posturas epistemológicas pueden ubicarse en tres niveles; en primer lugar, se sitúan en la manera de “ver” la realidad (ontología); en segundo lugar, son marcadas por el *background* de los investigadores es decir, la relación entre el objeto de estudio y el nivel de conocimiento del investigador y en tercer lugar, por la metodología empleada. Estas posturas denotan la complejidad que caracteriza todos los procesos que giran en torno al análisis de las políticas públicas.

En efecto, la investigación sobre las políticas públicas en la actualidad es fundamental para redimensionar los alcances científicos de la política. Sin embargo, la variedad de corrientes y aproximaciones a través de diversos escenarios y estándares teórico-metodológicos, han propiciado un rompecabezas en la búsqueda de explicación de las políticas públicas. Originalmente sustentada en una perspectiva epistémica positivista, las investigaciones y análisis de las políticas públicas se han ido abriendo a nuevos espacios de reflexión con énfasis a la crítica positivista, pospositivista y más recientemente, posempíricista.

Asimismo, para sistematizar coherentemente las experiencias y reflexiones sobre las políticas públicas contemporáneas, es relevante considerarlas como un escenario complejo en el cual se entrecruzan la acción conjugada de una multitud de actores. Si *a priori*, las políticas públicas son concebidas como un conjunto de escenarios para atender los problemas públicos de la sociedad, este artículo tiene el objetivo específico de analizar la importancia de las variables del interés y del poder en la formulación de las políticas públicas, a través de los argumentos teóricos planteados en el realismo político.

Para alcanzar este objetivo, intentamos en el marco de este artículo encontrar unas respuestas a las interrogantes siguientes: ¿Por qué considerar al poder como una unidad de análisis de las políticas públicas? ¿Cómo se ejerce el poder en el ciclo de las políticas públicas? ¿Por qué entender una política pública como una relación de poder? ¿Cómo influye el interés en los procesos decisivos de políticas públicas?

Una respuesta tentativa a esas interrogantes, misma que puede ser considerada como argumento central, hipótesis o supuesto de este artículo es que cualquier análisis o investigación circunspecta sobre las políticas públicas debe tomar en cuenta las variables del poder y del interés, porque fundamentalmente, las políticas públicas se derivan de un proceso decisorio, y cualquier proceso decisorio es un juego de intereses en un contexto de ejercicio del poder.

En este sentido, en cualquier régimen político y principalmente en los regímenes democráticos, el debate y la investigación sobre las políticas públicas opera con base en la dialéctica entre las justificaciones sobre el ejercicio del poder y los contraargumentos que cuestionan dichas justificaciones; es decir, que el ciclo de las políticas públicas se nutre de *outputs sistémicos*, así como de la evidencia empírica y de su transformación en juicios e interpretaciones. En función de sus diferentes lógicas, intereses y sistemas de creencias, los actores

1 GUBA, E. *The paradigm dialog*. London: Editorial Sage, 1990. p. 12.

del gobierno, responsables de las decisiones de políticas públicas, justifican sus actos a través de su legitimidad constitucional, como muestra del ejercicio de su poder.

2. UN DEBATE MULTIFACÉTICO SOBRE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A principios del siglo XX, no se hablaba tanto de las políticas públicas debido en parte por la preponderancia de los principios liberales europeocéntricos y norteamericanos (El Occidente) que propendían por Estados no interventores. La crisis económica de la posguerra obligó a las democracias liberales a adoptar modelos intervencionistas que desarrollaron las políticas públicas como dispositivos de control.

Asimismo, la investigación sobre las políticas públicas surgió y se ensanchó formalmente bajo el enfoque positivista con la ambición de fundar una ciencia de la política pública (*Policy Science*), sobre todo, en Estados Unidos después de la Segunda Guerra Mundial. En efecto, se admite que el libro de Lasswell y Lerner, *The Policy Sciences*, constituye la primicia del planteamiento que invita a indagar el papel del conocimiento y racionalidad en el proceso de elaboración de la política pública. En realidad, más allá de los debates sobre el surgimiento del Estado como actor de regulación de la vida económica y política de las sociedades, debe reconocerse que varios autores han influido de manera contundente en la investigación actual sobre las políticas públicas; sobre todo, en la consideración de la multifactorialidad/multidimensionalidad como germen de la organización social.

El estudio de las políticas fue impulsado por Lasswell a partir de dos perspectivas: la primera sobre el “conocimiento en” la política, orientado hacia los métodos y habilidades para la toma de decisiones. Este enfoque, fue consolidado por los Estados intervencionistas que suscitaron la formación conductista de profesionales relacionados con las políticas de gobierno en Estados Unidos principalmente. Se trataba de “adaptar las prácticas de la democracia a la realidad de la sociedad técnico-industrial moderna, en la cual la ciencia de la política debía transmitir los conocimientos científicos necesarios a los tomadores de decisión política, para la resolución de los problemas sociales”².

La segunda sobre el “conocimiento de” las políticas públicas, relacionado con la democracia y la resolución de problemas sociales. Este segundo enfoque sobre las políticas públicas, predominantemente socio-histórico, se reforzó con las ideas de Kuhn³ en cuanto a la importancia “del contexto” en la elaboración de las políticas públicas. Estos postulados de Lasswell implican que la epistemología de los fenómenos políticos requiere de una investigación y análisis de los sistemas, estructuras, límites y eficiencias políticas de la sociedad, para que se puedan comprender la razón de ser de las políticas públicas ya que constituyen el punto de enlace entre el poder del Estado y las necesidades individuales y sociales.

A consideraciones de Dryzek⁴, esta lógica sobre la concepción de las políticas públicas corresponde mayoritariamente al desarrollo científico racional e instrumentalista. Desde esta perspectiva racional-instrumentalista, la conducción de las políticas públicas responde a un modelo normativo de comportamiento de los individuos y de las organizaciones. Roth⁵ lo enfatiza al plantear que la racionalidad política de los actores de toma de decisiones, debe llevar al investigador a asumir una posición de objetividad frente a los hechos de la sociedad (“*free of value*”) y que las hipótesis sobre las políticas públicas deben ser verificadas empíricamen-

2 ROTH DEUBEL, André-Noël. *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación: Cómo elaborar las políticas públicas, Quien decide, Cómo realizarlas, Quien gana o pierde*. 10. ed. Bogotá: Aurora, 2014. p. 109.

3 KUHN, T. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago: University of Chicago Press, 1970. p. 76.

4 DRYZEK, J. *Policy Analysis and Planning: From Science to Argument*. In: FISCHER, F.; FORESTER, J. *The Argumentative Turn in Policy Analysis and Planning*. Durham: Duke University Press, 1993. p. 83.

5 ROTH DEUBEL, André-Noël. Análisis de las políticas públicas: de la pertinencia de una perspectiva basada en el anarquismo epistemológico. *Revista Ciencia Política*, Bogotá, v. 2, n. 3, p. 44-68, 2007.

te. De este modo, Roth⁶ identifica cuatro elementos esenciales como fundamento de las políticas públicas: la implicación del gobierno, la percepción de los problemas, la definición de los objetivos y los procesos. Esto significa según Roth, que una política pública existe siempre y cuando el Estado a través de sus instituciones, asume parcial o totalmente la tarea de alcanzar objetivos estimados como deseables o necesarios, por medio de una serie de procesos de cambio.

En este sentido, la afirmación de Landau⁷ encuentra todo su sentido al postular que las políticas públicas son procesos racionales que incorporan datos y evidencia “objetiva” para predecir cursos de acción y tomar mejores decisiones. Esto indica que las políticas públicas no son relaciones mecánicas del tipo medio-fin, de ejecución automática, en las que lo decidido en la fase de formulación, es o debe ser lo que va a dar sentido a la ontología de las políticas públicas. Por el contrario, es una compleja interconexión de procesos en la que los problemas y sus soluciones son constantemente redefinidos o reinventados.

Por su parte, Rincón y Burgos⁸ han estipulado que para fincar las bases científicas de las políticas públicas, es imperante considerar la relación sistémica que se da en el contexto en el cual se insertan la preparación, la formulación y la aplicación de una política pública, además de considerar las necesidades y situaciones problemáticas que pueden ser institucionalizadas, para que de una manera generalizada, pueda considerarse como un sistema organizacional socialmente diferenciado. En ese contexto, toman lugar las intervenciones gubernamentales, es decir una postura hacia un cambio social, política o administrativamente planificado, preferentemente de medidas políticas y programas públicos.

A consideración de Salazar⁹, toda política pública involucra tres subsistemas: el político, el administrativo y el social. El político, es fundamentalmente el ámbito de lo político donde se toman las decisiones. El *social* es el subsistema donde se cristalizan problemas, demandas y necesidades de la sociedad, susceptibles de ser considerados por el subsistema político como “problemas públicos”. El subsistema administrativo, es el que ejecuta las decisiones para poner en marcha las posibles soluciones que impactan en los demás subsistemas. Esta consideración plantea y reafirma la complejidad que gira en torno a las políticas públicas ya que según Bloj¹⁰, remiten a los mecanismos que institucionalizan el poder de los Estados, para afrontar las cuestiones de orden colectivo y público.

En el libro *Los ocho pasos para el análisis de políticas públicas*, Bardach¹¹ concluye que el análisis de las políticas públicas, es más un arte que una ciencia, se basa tanto en la intuición como en el método; es la manera como se utiliza el conocimiento desde una perspectiva multidisciplinaria, para descifrar los enigmas de la política pública y para predecir o describir sus impactos, sin contar con una alternativa preferida conscientemente preestablecida. Salazar¹² puntualiza esa idea al considerar que cuando se habla de análisis de políticas públicas, es necesario no solo mirar el proceso global y dentro de él, sino también indagar la forma singular y característica como se involucran todas las unidades de ese sistema, con el fin de intentar dar explicación de lo que sucede con la acción del gobierno y derivar elementos que permitan contribuir a mejorar la gestión pública. Esto significa que estructurar las políticas públicas desde sus unidades de análisis, “no sólo tiene un carácter explicativo y académico, sino que también puede tener implicaciones en la administración de las decisiones del gobierno, lo cual nos lleva a replantear algunas acepciones sobre las políticas públicas para

6 ROTH DEUBEL, André-Noël. Perspectivas teóricas para el análisis de las políticas públicas: de la razón científica al arte retórico. *Revista Estudios Políticos*, Medellín, n. 33, p. 67-91, 2008.

7 LANDAU, M. El ámbito propio del análisis de políticas. In: AGUILAR, L. (Comp.). *El estudio de las políticas públicas*. 3. ed. México: Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2003. p. 143.

8 RINCÓN J., I. E.; BURGOS, C. *Análisis de las políticas públicas*: Una aproximación desde la teoría de los sistemas sociales. Bogotá: Cendex, 2003. p. 6.

9 SALAZAR VARGAS, C. La evaluación y el análisis de políticas públicas. *Revista Opera*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, n. 9, p. 23-51, 2009.

10 BLOJ, Cristina. De las necesidades y derechos a las políticas. Investigaciones antropológicas y políticas sociales. *Revista Nueva Sociedad*, Venezuela, n. 156, p. 143-155, 1998.

11 BARDACH, Eugene. *Los ocho pasos para el análisis Políticas Públicas*: un manual para la práctica. México: CIDE, 1998.

12 SALAZAR VARGAS, C. *Análisis de políticas públicas*. México: Agendas, 2010.

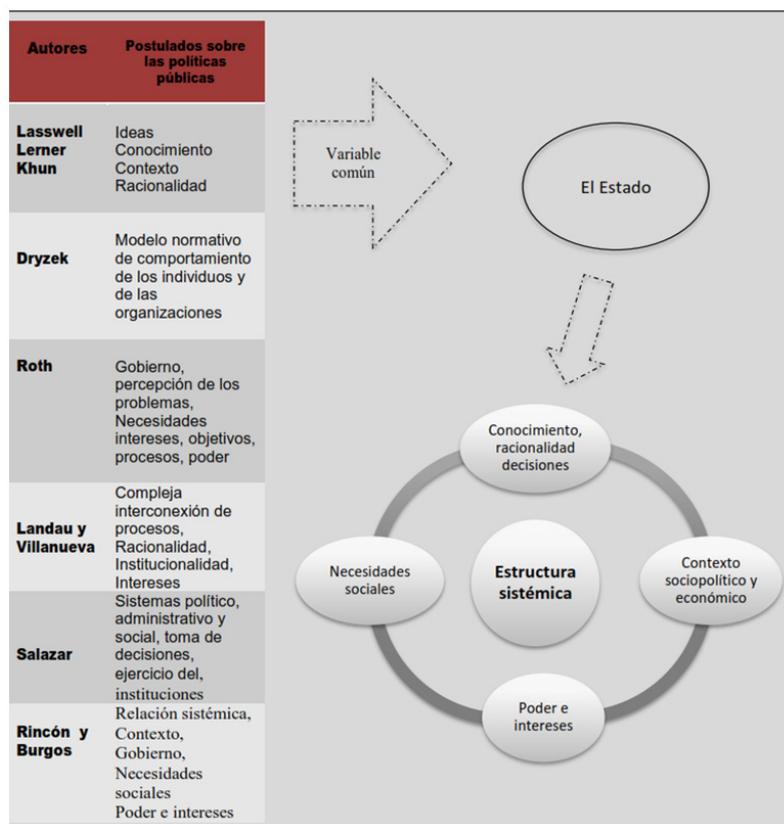
descifrar sus unidades de análisis”¹³.

Estas diferentes acepciones nos permiten conjeturar una aproximación sistémica de las políticas públicas con base a las ideas centrales propuestas por los precedentes autores.

3. APROXIMACIÓN SISTEMÁTICA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: EL PODER COMO UNIDAD DE ANÁLISIS

Para descifrar el rompecabezas de las políticas públicas y definir sus unidades de análisis, hace falta un cuerpo conceptual elaborado a partir del acercamiento multifacético que acabamos de realizar, para transformar su complejidad de las políticas públicas en algo manejable. Una cosa debería de quedar bien claro y, es una postura sistémica que compartimos ampliamente con Rincón y Burgos¹⁴. La política pública no puede ser reducida y explicada: por la suma de sus propiedades; por la naturaleza de los procesos que se dan en sus componentes tomados de manera aislada; ni tampoco ser vista desde esquemas cerrados de análisis de causalidad de un solo sentido. Su comprensión exige tanto el conocimiento de sus partes, como el de las relaciones que se dan entre ellas. Para lograrlo, se requiere un método analítico distinto que pueda abordar la “complejidad de las políticas públicas” a partir de la interrelación entre un número grande aunque finito, de componentes. Los planteamientos de los precedentes autores nos han llevado a sistematizar las unidades de análisis de las políticas públicas como se muestra en el esquema siguiente.

Esquema 1 - Estructuración sistémica de las políticas públicas



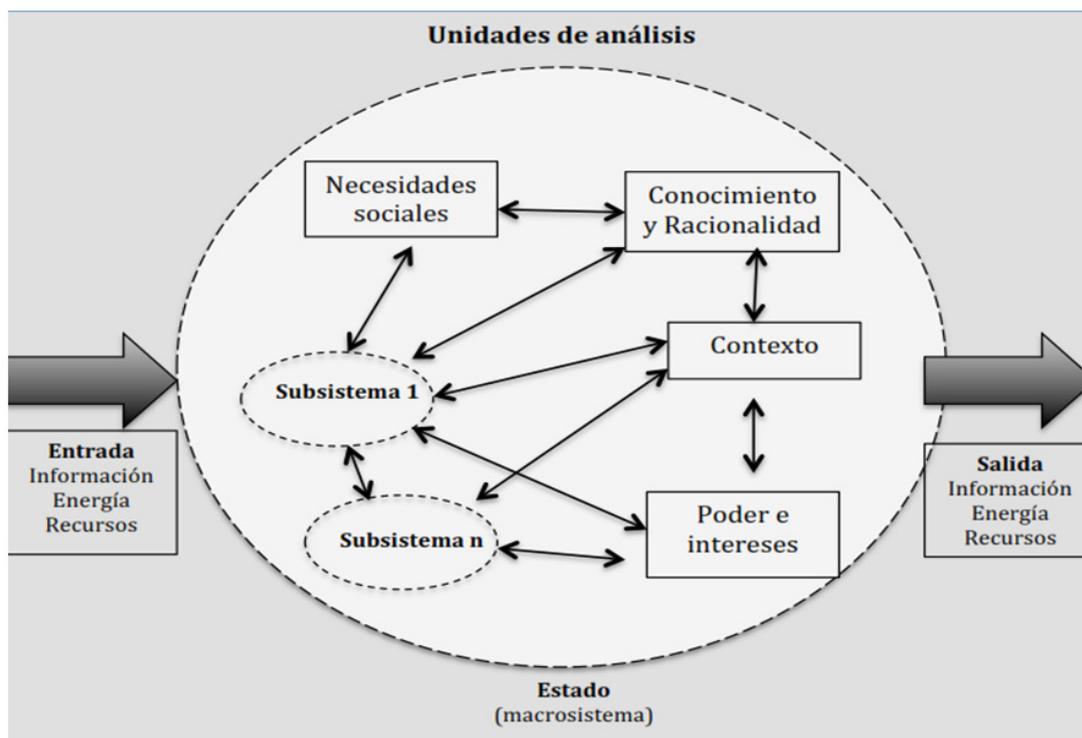
Fuente: Elaboración propia

13 FISCHER, Frank; MILLER, Gerald J. *Handbook of Public Policy Analysis: Theory, Politics, and Methods*. Pennsylvania: CRC Press, 2006. p. 439.

14 RINCÓN J., I. E.; BURGOS, C. *Análisis de las políticas públicas: una aproximación desde la teoría de los sistemas sociales*. Bogotá: Cendex, 2003. p. 6.

El esquema 1 presenta las ideas principales de algunos autores sobre las políticas públicas. Destaca que no se puede hablar de políticas públicas fuera del Estado. Es decir, el Estado es el lugar donde se generan y se aplican las políticas públicas. En este sentido, el Estado es considerado como el macrosistema dentro del cual se formulan y ejecutan las políticas públicas. Asimismo, las unidades que, entre otras, permiten un análisis holístico de las políticas públicas son las que denominamos estructura sistémica de las políticas públicas (esquema 1). Se trata de las necesidades sociales, del conocimiento, del contexto y del poder e intereses. El siguiente esquema representa las unidades de análisis de las políticas públicas así como las interacciones entre esas unidades.

Esquema 2 - Las unidades de análisis de las políticas públicas



Fuente: elaboración propia

El esquema 2 indica que la ideación de las Políticas públicas pasa necesariamente por diferentes momentos que pueden metódicamente hablando, resumirse en esas unidades. Del mismo modo, una comprensión cabal de las políticas públicas es posible mediante un ejercicio de análisis de cada una de esas unidades, así como el análisis de las interacciones entre las mismas. Tal ejercicio permite no solamente comprender sus potencialidades y disfunciones, sino también reformular un marco explicativo de la realidad sociopolítica, económica y administrativa con una sólida fundamentación epistemológica.

4. CONTENIDO CIENTÍFICO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

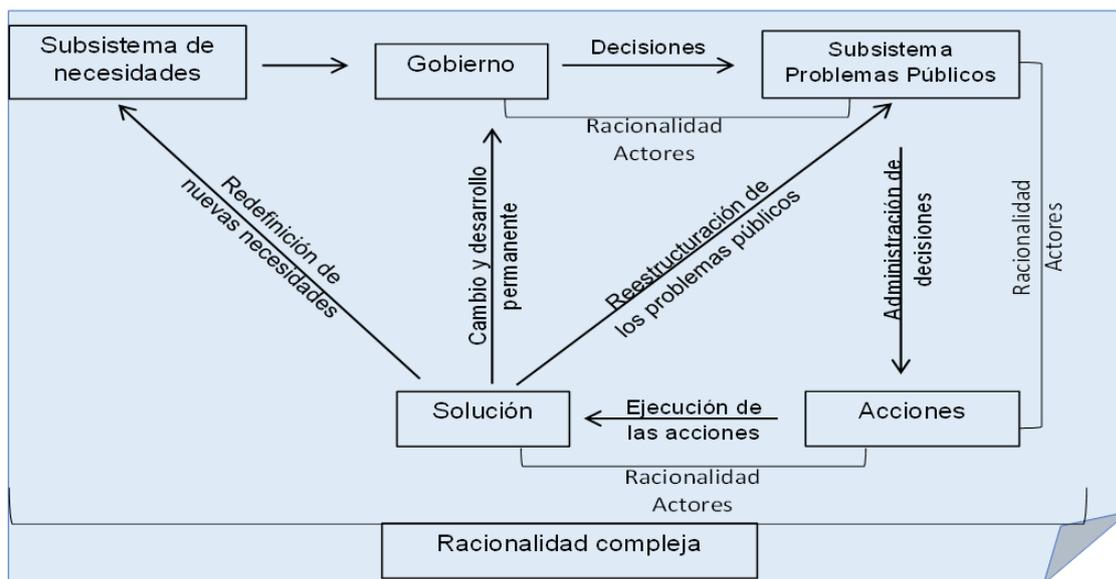
Con base a la anterior estructuración sistémica de las políticas públicas, podemos redefinir a las políticas públicas como el conjunto de decisiones y acciones racionales del gobierno para dar solución, bajo una normativa definida, a diversos problemas públicos suscitados por las necesidades de las personas. Esto significa en palabras de Schmidt¹⁵, que una política pública es un conjunto de decisiones y acciones de órganos

15 SCHMIDT, João Pedro. Condicionantes e diretrizes de políticas públicas: um enfoque comunitarista da transformação social.

públicos y organizaciones de la sociedad, dotadas de coherencia intencional, que, bajo coordinación estatal, se destinan a resolver problemas públicos. De forma atinada, ese autor considera que “toda política pública constituye un intento de intervención en la realidad social, ya sea de control o de cambio”.

Esto significa que una política pública emana de una decisión, símbolo de ejercicio del poder por parte del gobierno, con la finalidad de atender y solucionar un problema público específico. El esquema siguiente es el mapa conceptual de esta definición.

Esquema 3 - Estructuración conceptual de las políticas públicas



Fuente: Elaboración propia

En esta definición, las necesidades representan el ecosistema en el cual se gestan y articulan las demandas multidimensionales de la sociedad. Las necesidades de la sociedad provienen generalmente de las carencias de las personas, en su deseo de elevar su nivel de vida. El estudio de la satisfacción de las necesidades humanas ha dado lugar a la elaboración de diferentes teorías, cuya más conocida es la “Teoría de las necesidades humanas” elaborada por el psicólogo estadounidense Dr. Abraham Maslow¹⁶. La agudización de las necesidades básicas lleva a un grado de pobreza, que está relacionada con la falta de capacidad para generar fuentes de empleo, servicios comercializables e infraestructura que permitan a los individuos relacionarse económica y laboralmente con otros sectores.

El gobierno, independientemente del régimen político, es el ente encargado de la conducción política del Estado a través del ejercicio del poder: es el ecosistema de la toma de decisiones. Por su trascendencia en todo el proceso de ideación e implementación de cualquier política pública, Vicente¹⁷ afirma que “el gobierno se configura como elemento esencial, hasta el punto en que no se puede hablar de políticas públicas sin la intervención del gobierno”. Asimismo, una de las metas (entre otras) de los gobiernos a todos sus niveles (al menos en su retórica), es precisamente tomar decisiones cuya ejecución permite proveer recursos a los individuos para que puedan satisfacer sus necesidades. En este sentido, cuando el gobierno decide tomar en cuenta un determinado problema, este hecho se concreta en una decisión o conjunto de decisiones no necesariamente expresada en actos formales. De esta manera, un problema se vuelve público cuando deja de ser particular y afecta en forma negativa el bienestar social, el medio ambiente, la armonía social o inclusive

Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 6, n. 3, p. 51-72, 2016.

¹⁶ MBALLA LOUIS, V. Public Policies as a Government challenge to fight against Poverty in San Luis Potosí. *GE-International Journal of Management Research Associated Asia Research Foundation (AARF)*, New Delly, v. 3, n. 12, p. 99-112, 2015.

¹⁷ VICENTE, Victor Manuel Barbosa. Políticas Públicas: uma contribuição sucinta à edificação de um modelo para sua análise. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 28-47, 2014.

la existencia de la misma comunidad; asimismo, la inclusión de una situación problemática en la agenda del gobierno pone la bases para la formulación de una política pública en pro a solucionar dicha situación.

Las acciones son los actos concretos que permiten trascender las decisiones del gobierno y trasladarlas en el diario vivir de la sociedad; es transformar la retórica del gobierno en algo medible, evaluable y aprovechable por la sociedad. Esto implica que si las decisiones son el compromiso político y el ejercicio del poder que tiene el gobierno frente a la ciudadanía, las acciones representan el momento cumbre del contrato sociopolítico y económico entre la ciudadanía y las fuerzas representativas del Estado es decir, el gobierno. Lo que intentamos decir es que las acciones proceden de un proceso de administración o gestión de las decisiones gubernamentales, por parte de un grupo de actores con capacidades y conocimientos técnicos (gestión pública). Más adelante, retomaremos esta argumentación.

Las acciones promovidas por los administradores de las decisiones del gobierno no tendrían sentido ni razón de ser, si no se traducen realmente en soluciones de los problemas públicos. En este sentido, la solución implica *ipso facto* la satisfacción de una inquietud, una necesidad, un problema en este caso, un problema público. Este panorama, conformado por distintos actores, con disímiles recursos, distintas posiciones, variadas procedencias, innumerables intencionalidades, desiguales potencialidades y dispares procedimientos, con el fin de dar respuestas a las demandas de la sociedad, alude a que las políticas públicas se puedan entender, comprender y concebir como un escenario de alta complejidad que trasciende el simple hecho de tomar buenas o malas decisiones por parte del gobierno.

Esto significa que las políticas públicas no son herramientas ambiguas, sino que ponen en acto, determinadas orientaciones y estilos de gobierno, que reflejan: a) qué tipo de problemas se privilegian y cuales quedan fuera de consideración; b) qué concepción de “administración” de las decisiones del gobierno subyace; c) qué tipos de intervención y metodologías se proponen para solucionar los problemas públicos y establecer un nuevo contrato entre la ciudadanía y el gobierno.

Asimismo, a continuación analizamos al poder e intereses como elementos constitutivos de las políticas públicas.

5. EL PODER COMO VECTOR DE LEGITIMACIÓN DE LA ACCIÓN GUBERNAMENTAL EN LA FORMULACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

El poder es un aspecto potencial en toda relación social y se caracteriza por su condición de asimetría; es decir, que el sujeto que lo posee, ejerce mayor control sobre la conducta del sujeto que no lo tiene. Existen una infinidad de definiciones, interpretaciones y enfoques de análisis sobre el concepto de poder. Una consideración muy atinada y que compartimos ampliamente con Buchheim es que “el quid del poder se encuentra en la ecuación de intereses en la cual, quien posee el poder tiene la capacidad de influir sociopolítica y económicamente en los demás - voluntaria o involuntariamente -”¹⁸. Esto significa a juicio de Carpizo¹⁹ que el poder implica la adopción de decisiones por medio de las cuales, quienes la toman tienen la posibilidad de ejercer el control sobre el resto de la sociedad.

Parte fundamental de la actividad gubernamental, la constituye el conjunto de políticas y programas públicos que se generan en su seno. Asimismo, las decisiones de políticas públicas se cristalizan en el ejercicio puntual del poder que tienen los actores del gobierno. Ese poder le da al gobierno, la autoridad y legitimidad de construir la agenda (definición de los problemas públicos), de definir medios (multidimensionales) para la implementación y evaluación del ciclo de las políticas públicas.

¹⁸ BUCHHEIM, Hans. *Política y poder*. Barcelona: Alfa, 1985. p. 67.

¹⁹ CARPIZO, Jorge. El poder: su naturaleza, su tipología y los medios de comunicación masiva. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, México, año 32, n. 95, p. 321-356, 1999.

En este sentido, la legitimidad del poder aquí, hace referencia a la justificación de la autoridad gubernamental de tomar decisiones para atender las necesidades del pueblo. Por su parte, el pueblo se inscribe en una lógica de “convencimiento” de que, las decisiones de políticas públicas son tomadas no solo con el fin de beneficiar a todos, sino que también para servir un interés personal del gobernante de favorecerse a sí mismo y favorecer a los demás sectores de la sociedad (compromiso con la ciudadanía). Esta perspectiva le proporciona al gobernante, la posibilidad de ejercer legítimamente el poder que le ha sido otorgado, según el régimen político vigente.

En esa tónica, Cruz²⁰ considera que no obstante, al menos teóricamente hablando, la legitimidad de una política pública en un momento y contexto dados, puede provenir de dos fuentes: por un lado, puede entenderse como un resultado parcialmente atribuible a la legitimidad del régimen político y del gobierno que la diseña y la pone en marcha; esto, más allá de la legitimidad sistémica o institucional, basada en la creencia de que las instituciones políticas operan con base en las leyes, de que son democráticas, y de que son aptas para el ejercicio del poder político; por otro lado, esa legitimidad puede entenderse como una categoría parcialmente atribuible al proceso de toma de decisiones al cual se haya sometido la política pública en cuestión y dentro del cual, opere su ejecución.

Por su parte, Easton plantea que la legitimidad del gobierno en los procesos de formulación de las políticas públicas se ve reforzada con la variable del soporte o apoyo multifactorial: soporte a la vez difuso y específico. En este sentido, el soporte difuso se refiere a la legitimidad que goza el sistema político, sus instituciones y sus gobernantes (actores de toma de decisiones). Según Easton²¹, el soporte específico hace referencia a la dimensión concreta que se manifiesta sobre determinada acción política. Estos planteamientos, dan pie a considerar al poder como vector de legitimación de la acción gubernamental en la formulación de las políticas públicas. En efecto, para ser considerada como legítima, toda política pública (al menos en régimen democrático) ha de apoyarse en una legalidad institucional. Un enfoque interesante que ayuda a comprender el impacto del poder en el ciclo de las políticas públicas es la perspectiva realista desarrollada por Hanz Morgenthau.

6. EL REALISMO POLÍTICO DE HANZ MORGENTHAU, LA NATURALEZA HUMANA Y LOS SUPUESTOS IMPLÍCITOS DEL PODER E INTERESES EN LOS PROCESOS DE TOMA DE DECISIONES

El realismo político es un modelo, una representación simplificada de la realidad que intenta revelar las características esenciales del objeto de estudio, es decir un modelo de explicación racional de la realidad. Como argumento central, el realismo político plantea que el actor principal en la política es el Estado. Desde esta perspectiva, el poder y la lucha por éste, es el centro de la teoría realista. Asimismo, las aproximaciones realistas tienen una concepción hobbesiana de las relaciones de poder: “*Homo Homini Lupus*”- “*Man is a wolf to man*.”- “El Hombre es Lobo del Hombre”. En la actualidad, esas acepciones se pueden interpretar a través del egocentrismo, avaricia y corrupción en el comportamiento humano, aunque la sociedad a través de sus instituciones, intenta corregir tal comportamiento para favorecer la convivencia. Negarlo es como querer tapan el sol con el dedo²².

Maquiavelo a este respecto, utilizó ejemplos claros de este carácter adverso de la naturaleza humana, como generador de conflictos y de valoraciones que tienen un componente emocional a través del cual,

20 CRUZ-RUBIO, César N. La justificación del poder en el proceso de las políticas públicas: implicaciones para la gobernabilidad democrática. *Magazine Electrónico del Instituto Internacional de Gobernabilidad*: DHIAL Desarrollo Humano e Institucional en América Latina, México, v. 27, n. 26, p.1-7, 2002.

21 EASTON, David. Categorías para el análisis sistémico de la política. In: BATTLE, A. *Diez Textos Básicos en Ciencia Política*. Barcelona: Ariel, 2007. p. 95.

22 MBALLA LOUIS, V. *Políticas públicas y complejidad: en búsqueda de soluciones a los problemas públicos*. México: Ed. Miguel Ángel Porrúa, 2017.

se pueden identificar las intenciones malsanas del ser humano; éstas han generado todo tipo de violencia: Guerras, Invasiones, Genocidios, Terrorismo, Esclavitud, Colonización, Racismo etc. Una vez entendido el carácter adverso de la naturaleza humana en el ejercicio del poder, podemos visualizar al realismo político como un modelo fundamental para comprender las lógicas subyacentes en los procesos de formulación de las políticas públicas.

Hans Morgenthau es el autor más destacado del realismo político. En su planteamiento, intenta formular una teoría general de la política con énfasis a la política internacional, y también con incidencia en la política interna de los Estados. Su modelo corresponde al período de la Guerra Fría. Explorar el planteamiento realista desde la perspectiva de Hans Morgenthau, tiene toda su relevancia en el marco de este artículo, debido a que las decisiones de políticas públicas representan un escenario donde el interés y el poder juegan un papel determinante. No se pretende describir cabalmente el realismo político (*realpolitik*), sino a través de los seis principios definidos por Hans Morgenthau, establecer la consubstancialidad del poder e intereses en el ciclo de las políticas públicas.

Asimismo, la intención de Morgenthau, en su libro *Política entre las naciones* fue presentar una “teoría racional de la política”, no a través de conceptos abstractos y preconcebidos ni desligados de la realidad, sino, relacionados a un doble sistema de comprobación en términos de la teoría política: la razón y la experiencia. A consideraciones del autor, es el Estado, a través de sus gobernantes, quien marca el punto de referencia final de la política. En este sentido, la interacción entre los actores de toma de decisiones está inmersa en la contingencia de la naturaleza humana tal como es, y por los procesos históricos, sociológicos, sociopolíticos y económicos tal como han ocurrido.

Oro²³ sintetiza de forma puntual ese planteamiento al considerar que al realismo político, le interesa conocer una dimensión de la realidad: la del hombre y sus relaciones con los demás seres humanos. Por tanto, es fundamental poner énfasis en ¿qué “cosa” es el hombre?, ¿cuáles son sus motivaciones básicas, sus instintos fundamentales, sus cualidades específicas y sus aspiraciones permanentes? Esto implica que el realismo político parta del supuesto de que, a pesar de todas las vicisitudes culturales y cambios históricos, hay algo que permanece inmutable en el hombre (supuesto ontológico) y que, además, es posible conocer ese algo (supuesto cognitivo). Ese algo es la “naturaleza humana”.

Su conocimiento es crucial, porque la naturaleza humana es el supuesto del cual, parte de manera implícita o explícita, todo tipo de teoría: teoría política, teoría de toma de decisiones, teorías administrativas, teorías de las relaciones internacionales entre otras. Por lo tanto, la propuesta del realismo político consiste en propender la autonomía de la política, a través del análisis y comprensión de los entrelugos en cualquier proceso de toma de decisiones.

7. LOS SEIS PRINCIPIOS DEL REALISMO POLÍTICO Y SU APORTE EN EL ANÁLISIS Y COMPRENSIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Los principios del realismo son un aporte metodológico al momento de analizar los supuestos implícitos en los procesos de toma de decisiones de políticas públicas. Estos supuestos, entre otros, pueden ser los siguientes: a) la toma en cuenta de la naturaleza humana, ambivalente e impredecible de los actores de toma de decisión; b) la lucha por la busca del equilibrio de poder; c) El carácter inevitable del conflicto; d) la toma en cuenta de los intereses individuales y colectivos que moldean la acción humana. Estos supuestos inherentes en el ciclo de las políticas públicas se encuentran implícitos en el planteamiento de los seis principios siguientes.

23 ORO TAPIA, Luis R. En torno a la noción de realismo político. *Revista Enfoques*, Santiago-Chile, v. 7, n. 10, p. 15-46, 2009.

7.1. La racionalidad de los actores y la universalidad de las leyes: supuesto ontológico y cognitivo

Este principio parte del supuesto de que “la política, al igual que toda la sociedad, obedece a leyes objetivas arraigadas en la naturaleza humana”²⁴, así como en la “factibilidad de elaborar una teoría racional que explique [...] estas leyes objetivas”. En este sentido, el conocimiento es de naturaleza empírica, en cuanto esté fundamentado en una realidad fáctica, en la evidencia de los hechos y en la observación de la realidad. En grandes rasgos, este principio sostiene que la teoría es racional desde la óptica que tanto la política, como la sociedad están regidas por leyes objetivas que encuentran sus raíces en la naturaleza humana. A partir de los hechos y sus consecuencias, puede plantearse una hipótesis racional sobre la actuación política.

Morgenthau afirma que la política logra separar la verdad de la opinión y la “teoría consiste en la verificación de los hechos dándoles sentido a través de la razón”²⁵. Asimismo, es esta comprobación de los hechos reales y sus consecuencias, lo que le da sentido teórico a la ideación de las políticas públicas. Esto significa que el análisis teórico y metodológico de las políticas públicas debe ser sometido a la doble prueba de la razón y la experiencia; lo cual implica que un análisis holístico de las políticas públicas no debe presentar grietas desde el supuesto ontológico, para que este mismo análisis, pueda ser empíricamente demostrable. En definitiva, la racionalidad de los actores y la universalidad de las leyes (supuesto ontológico y cognitivo) deben dar cuenta de la complejidad que rige el campo de las políticas públicas.

7.2. El interés definido en términos de poder como principio rector del quehacer político

Bajo este principio que retomaremos más adelante, Morgenthau establece que “el elemento principal que permite al realismo político encontrar su rumbo en el análisis y explicación de la política en todas sus dimensiones, es “el concepto de interés definido en términos de poder”²⁶. En este sentido, Morgenthau, (citado por Del Arenal²⁷), expresa que “la política internacional, como toda política, es una lucha por el poder. Cualesquiera que sean los fines últimos de la política, el poder es siempre el fin inmediato”.

Asimismo, este principio comprende no sólo elementos teóricos, sino también factores normativos, por lo cual, en el campo de la fundamentación de las políticas públicas, por un lado, “una política racional de toma de decisiones minimiza los riesgos y maximiza los beneficios, [...] cumple simultáneamente con el precepto moral de la prudencia y el requerimiento político del éxito”²⁸; por otro, permite distinguir lo que son las motivaciones personales de los políticos, frente al interés nacional.

7.3. La importancia del contexto en la dimensión espaciotemporal

Este principio, en relación con el anterior, supone que en los escenarios políticos, el concepto clave de interés definido en términos de poder, es una categoría objetiva de validez universal, pero que siempre está apegado a las dimensiones contextuales y espaciotemporales. En este sentido, “el equilibrio de poder, por ejemplo, es indudablemente un elemento constante en todas las sociedades pluralistas, pero varía en función de los contextos y de las dimensiones espaciotemporales”²⁹. Es importante tomar en cuenta que en el ámbito de las políticas públicas, no siempre los mismos intereses concretos y singulares son los que propulsan el comportamiento de los actores del gobierno. En este sentido, Oro³⁰ asimila el concepto de interés a una

24 MORGENTHAU, Hans. *Política entre las naciones*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1986. p. 12.

25 MORGENTHAU, Hans. *Política entre las naciones*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1986. p. 12-13.

26 MORGENTHAU, Hans. *Política entre las naciones*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1986. p. 13.

27 DEL ARENAL, Celestino. *Introducción a las relaciones internacionales*. Madrid: Tecnos, 2003. p. 79.

28 MORGENTHAU, Hans. *Política entre las naciones*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1986. p. 18-19.

29 MORGENTHAU, Hans. *Política entre las naciones*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1986. p. 20.

30 ORO TAPIA, Luis R. En torno a la noción de realismo político. *Revista Enfoques*, Santiago-Chile, v. 7, n. 10, p. 19, 2009.

“cajita” que se va rellorando con diferentes contenidos específicos.

La “cajita” es permanente en el tiempo, pero su contenido se va contextualizando en función de las coyunturas, las necesidades puntuales, los regímenes políticos, la cultura vigente, los cambios generacionales etc.; es decir, va cambiando con el tiempo, en función de las diferentes circunstancias históricas concretas. En palabras de Morgenthau: “El tipo de interés determinante de las acciones políticas de un período particular de la historia, depende del contexto político y cultural dentro del que se formule la política”³¹. Este principio igual que los demás, presenta una relevancia trascendental en el análisis y comprensión de los escenarios de toma de decisiones en la formulación de las políticas públicas.

En México, este principio se puede diagnosticar a todos los niveles de gobierno en donde, el diseño de las políticas públicas obedece a una lógica contextual, que tiende a sobreponerse a la lógica institucional. En consecuencia, los cambios de gobernantes siempre se darán según la lógica constitucional, pero las relaciones de poder y el comportamiento interesado, sobrevivirán y arrojarán nuevas formas políticas. Este argumento al mismo tiempo, establece la consubstancialidad del interés y poder en cualquier escenario político, superando las posturas de quienes sostienen que el realismo político está obsoleto, porque según esas posturas, se empobreció el paradigma estado-céntrico.

7.4. Tensión entre los valores morales y la acción política: ética de los resultados

El realismo político de Morgenthau, a través de este principio, reconoce la existencia de imperativos morales y éticos con alcances universales. Toma en cuenta la significación de la moralidad en la política, y al mismo tiempo, reconoce la tensión existente entre los mandamientos morales y las necesidades sociales, para una exitosa acción política. Sin embargo, tanto la moral como la ética, no pueden imponerse de forma mecánica en los escenarios políticos de toma de decisiones. En este sentido, Morgenthau ratifica que “el realismo político tiene conciencia de la inevitable tensión entre los preceptos morales y los requerimientos de una exitosa acción política, sin embargo, un análisis realista no debe pretender eludir rápidamente ese conflicto”³².

Asimismo, para mitigar los efectos colaterales que puede generar la tensión entre los preceptos ético-morales y la acción política, Morgenthau considera a la prudencia como “el valor de suprema virtud política” en tanto a que logra diluir esta tensión. Esto significa que, en el ámbito de las políticas públicas, esa tensión debe abordarse de manera flexible, teniendo en cuenta las circunstancias específicas en las que los agentes de toma de decisiones actúan. La prudencia en su calidad de mediadora entre los preceptos morales y la acción política, juega un rol de crucial importancia, al ajustar la dimensión imperativa de los preceptos morales a la realidad singular de los agentes del gobierno. Es así como Morgenthau afirma que “la prudencia es la suprema virtud de la política, siempre y cuando se logre establecer que los principios morales no pueden ser aplicados a las acciones políticas en su formulación universal abstracta, sino que deben ser filtrados a través de las circunstancias concretas de tiempo y lugar”³³.

Este principio pone en exergo, la confrontación teórico-metodológica y bi-paradigmática entre el idealismo y el realismo. Por un lado, el idealismo juzga la acción política y los procesos de toma de decisiones por su reciprocidad con la ley moral universal, independientemente de las circunstancias concretas en que se toman esas decisiones y se ejecuta dicha acción política. Por otro lado, el realismo conceptúa los actos y decisiones de los gobernantes en función de sus consecuencias políticas, lo que Morgenthau denomina “ética de los resultados”³⁴.

31 MORGENTHAU, Hans. *Política entre las naciones*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1986. p. 20.

32 MORGENTHAU, Hans. *Política entre las naciones*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1986.

33 MORGENTHAU, Hans. *Política entre las naciones*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1986. p. 21.

34 MORGENTHAU, Hans. *Política entre las naciones*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1986.

Este argumento que ratifica la perspectiva hobbesiana y maquiavélica (el fin justifica los medios) del realismo político, es ilustrado en la retórica de Abraham Lincoln citada por Morgenthau: “Si el final me da la razón, lo que se haya dicho contra mí, no tendrá ninguna importancia. Si el final demuestra que estaba equivocado, ni diez ángeles jurando que estaba actuando correctamente me salvarán”; Lincoln también pudo haber afirmado “si gano esta guerra, la historia me absolverá”³⁵. En definitiva, el juicio respecto al éxito o fracaso de una política pública, depende de si ésta alcanza o no sus objetivos en materia de solución de los problemas públicos.

7.5. El enfoque de análisis no debe centrarse en ideas vacías: objeción al maniqueísmo en política

Este principio profundiza los anteriores al explicar el nexo entre interés y los valores universales. Con ello, se previene sobre la comisión de actos viles del gobierno, con la bandera de los valores de paz, libertad, derechos humanos, igualdad y otros tantos que en general, sostienen las bases de una retórica demagógica por parte del gobierno. La identificación del interés propio con el bien y el del opositor con el mal, constituye una visión maniqueísta de la realidad política y enmascara las verdaderas intenciones de los actores políticos. Es bajo la lógica de este principio que paradójicamente, los valores morales abstractos ofuscan la visión descarnada de la realidad política y pueden santificar atrocidades que, observadas desveladamente, no serían admisibles desde la visión kantiana de los imperativos categóricos (fundamentos morales).

Esto quiere decir que el realismo político admite la existencia de una ley moral, pero no como árbitro del bien y del mal en los escenarios políticos y procesos de toma de decisiones. Este principio al igual que el anterior, a final de cuentas, representa un legado a la comunidad científica de las Ciencias sociales y humanas, a los analistas de las ciencias políticas en general y de la administración y/o gestión pública en particular, en el sentido de que permite cuestionar científicamente hablando, los discursos políticos y procesos de toma de decisiones que recubren sus intereses con una retórica demagógica y engañosa, basada en “valores” absolutos, constitucionales e “incuestionables”.

En materia de ideación de las políticas públicas, este principio exige el establecimiento de acuerdos y visiones compartidos entre los diferentes actores de toma de decisiones, lo cual requiere al menos la implementación de tres habilidades: 1) la capacidad de balancear y potencializar diferentes recursos humanos, materiales, ideológicos, económicos, políticos etc., 2) la propensión a ponderar las circunstancias de formulación y ejecución de las políticas públicas; 3) la disposición para eludir a las soluciones que son idealmente perfectas, pero realmente inalcanzables.

La primera habilidad es indispensable para resolver los dilemas que contraponen a aquellas decisiones que son dignas, pero que en determinadas circunstancias son incompatibles. La segunda permite discernir cuál es el mejor momento para tomar una decisión de política pública y actuar al respecto. La tercera rechaza una perspectiva realmente inalcanzable para propiciar un enfoque integral con base a la complejidad de las necesidades de la sociedad. Estas tres habilidades en materia de construcción de las políticas públicas, encuentran su esencia bajo el supuesto de que, una fórmula idealmente perfecta, no siempre es la más viable ni razonable por los costos que su aplicación conlleva. Esto significa que para la formulación de las políticas públicas, “es indispensable que los polos de toma de decisiones establezcan un entrecruzamiento entre las dimensiones teórica y práctica, para que se diluya la tensión entre convicción e ilusión, entre retórica y realidad, entre lo que son y lo que deben ser las condiciones de vida de los ciudadanos”³⁶.

35 ORO TAPIA, Luis R. En torno a la noción de realismo político. *Revista Enfoques*, Santiago-Chile, v. 7, n. 10, p. 39, 2009.

36 MBALLA LOUIS, V. *Microfinanciamiento del desarrollo local en México*: políticas y procesos de toma de decisiones. México: UASLP, 2013. p. 35.

7.6. Autonomía y especialidad de la política

Este principio enfatiza la autonomía y especificidad de la política. Sin embargo, no ignora la existencia y relevancia de otros parámetros de pensamiento, distintos a los políticos siempre y cuando la política en su esencia, no esté subordinada a esos parámetros. En este sentido, el quehacer político en su inmensa complejidad, es sólo uno entre otros tantos tipos de quehaceres que ejecuta el hombre en la sociedad. Lo que le imprime un sello específico a la política es la naturaleza impredecible e interesada del ser humano, debido a que el ser humano real es una mezcla del ser económico, social, político, moral, religioso etc.

A este respecto, Morgenthau sustenta que “la política es un microcosmo que está regido por su propia racionalidad y que, a pesar de que sea ejecutada por seres humanos, funciona con una lógica que es irreducible a los caprichos de los individuos”³⁷. Por tanto, las inclinaciones personales, al igual que las preferencias ideológicas, no tienen la fuerza suficiente para doblegar la racionalidad y autonomía de la política. Así por ejemplo, las intenciones (buenas o malas) de un político que desconoce la racionalidad y autonomía que rigen el campo de la política, pronto colisionan con la realidad sociopolítica y con la racionalidad que está inherente en ella.

En este sentido, este principio invita a analizar el complejo y tumultuoso campo de formulación, implementación y evaluación de las políticas públicas a través del conocimiento de las racionalidades de los actores implicados en este proceso. Esto significa que en la esfera de las políticas públicas, los resultados de las acciones políticas no pueden o deben evaluarse con criterios y parámetros que provengan de campos ajenos al político (parámetros religiosos y artísticos entre otros).

8. LOS AVATARES DEL INTERÉS DEFINIDO EN TÉRMINOS DE PODER EN LA FORMULACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

El concepto de interés viene del latín *interesse* que significa “importar”. La noción de interés tiene entre otras, tres principales acepciones. a) Hace referencia a la afinidad o tendencia de una persona hacia otro sujeto, cosa o situación: “*mi principal interés es la música*”; b) se denomina interés a la utilidad o conveniencia que se busca a nivel moral o material. En este caso, su acepción puede tener un trasfondo peyorativo, al denotar la actitud de una persona o grupos de personas legalmente establecidas, que buscan aprovecharse de otras: “Valentín está contigo sólo por interés”. A esta clase de personas se las nombra como interesadas; c) el interés en economía y finanzas, representa el índice que se emplea para indicar la rentabilidad de un ahorro o inversión, o el costo de un crédito: “el último plazo fijo me otorgó un interés del 10,1% anual”. Esta noción de interés indica qué cantidad de dinero se obtiene (o hay que pagar) en un cierto periodo temporal.

El interés público, interés general o interés nacional es una denominación de un concepto esencial de las ciencias políticas, con muy distintas expresiones (*res pública, Commonwealth, procomún*, etc.), pero siempre identificable con el bien común de la sociedad en su conjunto. Para Bogossian³⁸, la noción de “interés público”, al establecerse como columna vertebral del quehacer administrativo, deja de ser una noción abstracta para convertirse en objeto de negociación. Por tales razones, la atención a los intereses públicos a través de la implementación de las políticas públicas, es en términos constitucionales, el propósito declarado de los gobiernos.

Asimismo, los seis principios del realismo políticos de Morgenthau que acabamos de examinar presentan una doble dimensión para el análisis de las políticas públicas: una dimensión epistemológica y una existen-

37 MORGENTHAU, Hans. *Política entre las naciones*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1986. p. 96.

38 BOGOSSIAN, Andre. Levando o orçamento a sério como instrumento de controle de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 178-198, 2015.

cial. Esas dos dimensiones cristalizan el punto de encuentro entre el poder y el interés en el ciclo de las políticas públicas. La dimensión epistemológica orienta hacia la comprensión de la lógica subyacente en el ámbito de la política en general y de las políticas públicas en particular. La dimensión existencial induce a los protagonistas del quehacer político, por una parte, a asumir las complejidades de la sociedad y, por otra, a llevar a cabo cierto tipo de acciones para atender las necesidades multidimensionales de esa misma sociedad.

En realidad, el interés en las cúpulas de toma de decisiones políticas siempre ha constituido a la vez un principio integrativo y desintegrador de la cohesión social. Desde el utilitarismo de Jeremy Bentham, viene la idea de que la “*community - interés común*” es una ficción y que no hay un interés general sino, la suma de los intereses de los miembros del gobierno, responsables de las decisiones de políticas públicas.

Una pregunta interesante aquí es: ¿Por qué poder e interés son inseparables y consustanciales en el ciclo de las políticas públicas? Con base a lo que se ha planteado hasta el momento, la respuesta a esta pregunta es fácil: porque si el primero no está asistido por el segundo y vice versa, ambos resultan indiscutiblemente inoperantes e inútiles. Asimismo, si el interés carece de recursos de poder, no se pueden establecer las reglas del juego en los escenarios de toma de decisiones de políticas públicas y aún menos, imponer o implementarlas. Esto significa que el ciclo de las políticas públicas está conducido por reglas esencialmente interesadas, porque es el interés el que dicta las reglas del juego para proteger y promover las conveniencias particulares.

En realidad, el interés definido en términos de poder articula la relación entre la razón y los hechos es decir, entre las decisiones que se toman sobre las políticas públicas y la ejecución efectiva de esas mismas. Esta unidad de análisis hace de las políticas públicas, una esfera autónoma de decisiones y acciones, con una lógica propia que permite distinguir entre la política y el político (estadista – miembro del gobierno), específicamente en “su deber oficial”, que consiste en pensar y actuar para el bien de los ciudadanos.

En este sentido, Oro³⁹ plantea que el interés, en la medida que se sustente en los recursos de poder por una parte, puede transgredir las normas impunemente y, por otra, crear reglas que estén orientadas a favorecer unas peculiares utilidades. En el primer caso, el interés se emancipa y obra de manera autónoma, definiendo las orientaciones normativas. En el segundo, el poder crea de manera autónoma, las reglas del juego. En definitiva, el interés, en la medida de que dispone de los recursos adecuados de poder, puede obrar de manera autónoma, en cuanto tiene la capacidad suficiente para crear normas, aplicarlas, derogarlas y también transgredirlas impunemente. Por eso, primero es el interés y después la autonomía política y racionalidad en el proceso de toma de decisiones de políticas públicas.

9. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis de los seis principios del realismo político nos ha permitido entender que el ciclo o sistema de las políticas públicas está sujeto a los avatares de la naturaleza humana. La concepción hobbesiana de la naturaleza humana como principio realista de las relaciones de poder, permite comprender el egoísmo y corrupción en el comportamiento de los actores no solamente en los procesos decisionales, sino también en la implementación y evaluación de las políticas públicas.

Si bien las necesidades son el estímulo que propicia la construcción del subsistema de los problemas públicos, el interés definido en términos de poder nos ha permitido comprender cuáles son las verdaderas motivaciones básicas, instintos fundamentales, aspiraciones permanentes y reales de los actores del gobierno encargados de tomar las decisiones de políticas públicas. En este sentido, la interacción entre las necesidades y el poder serviría eficientemente el ciclo de las políticas públicas, siempre y cuando el poder no se reduzca en atender los intereses particulares; es decir, a partir del momento en que los agentes del gobierno con

39 ORO TAPIA, Luis R. En torno a la noción de realismo político. *Revista Enfoques*, Santiago-Chile, v. 7, n. 10, p. 42, 2009.

poder, aprovechen el subsistema de las necesidades sociales para generar cambios y desarrollo multidimensionales.

El interés y el poder se manifiestan como vector de energización del ciclo de las políticas públicas. Esto significa que a pesar de la contribución de varios actores en el ciclo de las políticas públicas, las decisiones son el producto final del proceso cognitivo del gobierno. En efecto, las decisiones de políticas públicas son una construcción conceptual, es decir la “institucionalización” de los conocimientos del gobierno, debido a que el proceso de toma de decisiones en un marco de ejercicio del poder, implica un ejercicio intelectual con intencionalidad y racionalidad que materialicen la expresión del gobierno.

Bajo esos supuestos, el binomio interés-poder, se erige en fuente de energía en el ciclo de las políticas públicas, porque a juicio de León⁴⁰, permite “establecer relaciones fructíferas de los distintos tipos de saberes para dotar al poder en ejercicio de gobierno, de medios para procesar los distintos ámbitos de la sociedad y su creciente complejidad, ubicando cada situación en su respectiva circunstancia”. Esta relación básica entre el conocimiento y el poder, instituye gran parte de los nexos básicos que permiten reducir la brecha entre el poder establecido y el alcance de los objetivos del gobierno.

Asimismo, para que el interés y el poder sean realmente ese vector de energización y sirvan los fines de las políticas públicas, el gobierno debe encausar, analizar y aplicar la información que recibe y transformarla en activo en su quehacer decisional para que posteriormente, esas decisiones puedan ejecutarse en acciones concretas para sí (propio gobierno) y para terceros (sociedad en general).

Sin embargo, el interés y el poder, si no son canalizados hacia la valoración de la ciudadanía y respeto de los derechos humanos, la implementación de las políticas públicas corre el riesgo de volverse una pasadía para la sociedad en su conjunto. En realidad, el contexto político le confiere organicidad y orden al conjunto de relaciones que se entretienen entre el Estado y la sociedad. En este sentido, la potencialización y aprovechamiento constructivo del binomio interés-poder puede considerarse como un índice de la gobernanza. Gobernanza entendida por un lado, como modalidad de determinación de la eficacia, calidad y orientación de la intervención del Estado en los asuntos públicos; por el otro, como un conjunto de procesos de interacción entre los actores con el poder de toma de decisiones y los que no disponen de ese poder. Desde esta óptica, podemos plantear que el poder en cualquier contexto político, le confiere al gobierno, los posicionamientos, estrategias y tácticas en la formulación y ejecución de las políticas públicas. Por lo tanto, a consideración de Medellín⁴¹, las políticas públicas están regidas (al mismo tiempo) por principios de cambio y principios de conservación; principios que subyacen, fundamentan y explican los componentes del poder y definen el sentido y contenido de las políticas públicas.

El gran reto para el analista de las políticas públicas es poseer la capacidad de ampliar la mente lo máximo posible para poder tener una mayor y mejor comprensión holística de éstas. En efecto, se trata de considerar a las interacciones entre Necesidad-Conocimiento-Contexto-Poder (unidades de análisis de las políticas públicas), como la culminación de dos características fundamentales de los escenarios políticos: el propósito y la totalidad. El propósito implica que el sistema de las políticas públicas tiene un fin: el de aportar una respuesta a los problemas públicos. Esto significa que las necesidades sociales, el conocimiento, el contexto político y el interés definido en términos de poder así como sus interacciones definen una participación mutua que siempre busca alcanzar ese fin.

La totalidad implica que el sistema de las políticas públicas tiene un ecosistema somático, por la cual una acción que provoque una variación en una de sus unidades, con mucha probabilidad ocasionará variaciones en todas las otras unidades de éste. Estos dos principios indican claramente la existencia de una relación

40 LEÓN CORONA, Benito. Las políticas públicas y las relaciones de poder: su efecto sobre el desempeño organizacional. *Revista Redpol*, México, n. 6, p. 2-22, 2007.

41 MEDELLÍN TORRES, P. *La política de las políticas públicas: propuesta teórica y metodológica para el estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad*. Santiago Chile: CEPAL, 2004. p. 28. (Series Políticas Sociales).

causa-efecto entre las necesidades sociales, el conocimiento, el contexto político y el interés definido en términos de poder en el ciclo de las políticas públicas.

La complejidad inherente al ciclo de las políticas públicas, indica que a pesar de la diversidad constitutiva de los actores que intervienen en ese ciclo, las unidades que lo componen, aun teniendo identidad propia, también tienen una identidad común hacia el mismo ciclo porque están sujetas a sus reglas sistémicas, bajo los principios de retroacción. Las funciones de retroacción-retroalimentación *-feed-back-* entre las unidades del sistema de las políticas públicas, en caso de ser canalizadas de manera constructiva por los agentes del gobierno, sin lugar a dudas, pueden favorecer la estabilidad del ciclo de las políticas públicas (para cumplir con su propósito), absorbiendo las fuerzas anti-sistémicas internas y externas a este ciclo.

A final de cuentas, el abordaje de los avatares del poder e intereses en la formulación de las políticas públicas realizado en el marco de este artículo, nos ha permitido ratificar que las políticas públicas son procesos racionales que incorporan datos y evidencia “objetiva” para atender una situación problemática en la sociedad. Además, consideradas como sistema complejo y con base al criterio de la no linealidad de sus procesos, nos damos cuenta de que las políticas públicas no son relaciones mecánicas del tipo medio-fín, de ejecución automática, en las que lo decidido en la fase de formulación es o debe ser lo que va a dar sentido a la razón de ser (ontología) de las políticas públicas. Por el contrario, es una compleja interconexión de procesos en la cual, los problemas públicos son constantemente redefinidos, reinventados y reorientados hacia su solución.

REFERENCIAS

- BARDACH, Eugene. *Los ocho pasos para el análisis Políticas Públicas: un manual para la práctica*. México: CIDE, 1998.
- BLOJ, Cristina. De las necesidades y derechos a las políticas. Investigaciones antropológicas y políticas sociales. *Revista Nueva Sociedad*, Venezuela, n. 156, p. 143-155, 1998.
- BOGOSSIAN, Andre. Levando o orçamento a sério como instrumento de controle de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 178-198, 2015.
- BUCHHEIM, Hans. *Política y poder*. Barcelona: Alfa, 1985.
- CARPIZO, Jorge. El poder: su naturaleza, su tipología y los medios de comunicación masiva. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, México, año 32, n. 95, p. 321-356, 1999.
- CRUZ-RUBIO, César N. La justificación del poder en el proceso de las políticas públicas: implicaciones para la gobernabilidad democrática. *Magazine Electrónico del Instituto Internacional de Gobernabilidad: DHIAL*. Desarrollo Humano e Institucional en América Latina, México, v. 27, n. 26, p. 1-7, 2002.
- DEL ARENAL, Celestino. *Introducción a las relaciones internacionales*. Madrid: Tecnos, 2003.
- DRYZEK, J. Policy Analysis and Planning: From Science to Argument. In: FISCHER, F.; FORESTER, J. *The Argumentative Turn in Policy Analysis and Planning*. Durham: Duke University Press, 1993.
- EASTON, David. Categorías para el análisis sistémico de la política. In: BATLLE, A. *Diez Textos Básicos en Ciencia Política*. Barcelona: Ariel, 2007.
- FISCHER, Frank; MILLER, Gerald J. *Handbook of Public Policy Analysis: Theory, Politics, and Methods*. Pennsylvania: CRC Press, 2006.
- GUBA, E. *The paradigm dialog*. London: Editorial Sage, 1990.
- KUHN, T. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago: University of Chicago Press, 1970.

- LANDAU, M. El ámbito propio del análisis de políticas. In: AGUILAR, L. (Comp.). *El estudio de las políticas públicas*. 3. ed. México: Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2003.
- LEÓN CORONA, Benito. Las políticas públicas y las relaciones de poder: su efecto sobre el desempeño organizacional. *Revista Redpol*, Mexico, n. 6, p. 2-22, 2007.
- MBALLA LOUIS, V. *Microfinanciamiento del desarrollo local en México: políticas y procesos de toma de decisiones*. México: UASLP, 2013.
- MBALLA LOUIS, V. *Políticas públicas y complejidad: en búsqueda de soluciones a los problemas públicos*. México: Ed. Miguel Ángel Porrúa, 2017.
- MBALLA LOUIS, V. Public Policies as a Government challenge to fight against Poverty in San Luis Potosí. *GE-International Journal of Management Research Associated Asia Research Foundation (AARF)*, New Delly, v. 3, n. 12, p.99- 112, 2015.
- MEDELLÍN TORRES, P. *La política de las políticas públicas: propuesta teórica y metodológica para el estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad*. Santiago Chile: CEPAL, 2004. (Series Políticas Sociales).
- MORGENTHAU, Hans. *Política entre las naciones*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1986.
- ORO TAPIA, Luis R. En torno a la noción de realismo político. *Revista Enfoques*, Santiago-Chile, v. 7, n. 10, p. 15-46, 2009.
- ROTH DEUBEL, André-Noël. *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación: Cómo elaborar las políticas públicas, Quien decide, Cómo realizarlas, Quien gana o pierde*. 10. ed. Bogotá: Aurora, 2014.
- ROTH DEUBEL, André-Noël. Análisis de las políticas públicas: de la pertinencia de una perspectiva basada en el anarquismo epistemológico. *Revista Ciencia Política*, Bogotá, v. 2, n. 3, p. 44-68, 2007.
- ROTH DEUBEL, André-Noël. Perspectivas teóricas para el análisis de las políticas públicas: de la razón científica al arte retórico. *Revista Estudios Políticos*, Medellín, n. 33, p. 67-91, 2008.
- RINCÓN J., I. E.; BURGOS, C. *Análisis de las políticas públicas: una aproximación desde la teoría de los sistemas sociales*. Bogotá: Cendex, 2003.
- SALAZAR VARGAS, C. La evaluación y el análisis de políticas públicas. *Revista Opera*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, n. 9, p. 23-51, 2009.
- SALAZAR VARGAS, C. *Análisis de políticas públicas*. México: Agendas, 2010.
- SCHMIDT, João Pedro. Condicionantes e diretrizes de políticas públicas: um enfoque comunitarista da transformação social. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 3, p. 51-72, 2016.
- VICENTE, Victor Manuel Barbosa. Políticas Públicas: uma contribuição sucinta à edificação de um modelo para sua análise. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 28-47, 2014.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Consequencialismo judicial
na modulação de efeitos
das decisões declaratórias
de inconstitucionalidade
nos julgamentos de direito
tributário**

**Judicial consequentialism
and the prospective effect
of constitutional rulings on
taxation matters**

Fernando Leal

Daniela Gueiros Dias

Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário*

Judicial consequentialism and the prospective effect of constitutional rulings on taxation matters

Fernando Leal**

Daniela Gueiros Dias***

RESUMO

O presente trabalho analisa o uso de argumentos consequencialistas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para a modulação dos efeitos temporais da decisão declaratória de inconstitucionalidade em julgamentos de direito tributário. No estudo, analisa-se o apelo a consequências na solução de casos concretos e se identificam potenciais problemas relativos à adoção desse tipo de argumento pelos ministros no STF.

Palavras-chave: Consequencialismo. Argumentação Jurídica. Racionalidade. STF.

ABSTRACT

The present work analyses the appeal to consequences in the rulings of the Brazilian Supreme Court when it establishes a prospective effect in cases related to taxation matters. In this paper, we explore empirically the use of consequentialist reasoning in the solution of concrete cases and identify potential problems related to the adoption of this kind of arguments by the Justices of the Brazilian Supreme Court.

Keywords: Consequentialism. Legal Reasoning. Rationality. Brazilian Supreme Court.

1. INTRODUÇÃO

O uso de argumentos consequencialistas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) tem se tornado cada vez mais frequente¹⁻² em um

1 PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2011 p. 1-10;235-269.

2 Segundo Mariana Pargendler e Bruno Meyerhof Salama, “o Poder Judiciário de muitos países, incluindo-se o Brasil, está envolvido até o pescoço com a formulação de políticas

* Recebido em 15/08/2017

Aprovado em 15/09/2017

** Doutor em Direito pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor e coordenador adjunto do mestrado em Direito da Regulação da FGV Direito Rio. Email: farleal@hotmail.com

*** Mestranda em Direito Tributário (USP). Advogada. Email: dani_gueiros@hotmail.com

cenário de “expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes”³.

A título meramente exemplificativo, no RE 134.509, no qual se discutiu a incidência do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores em relação a embarcações e aeronaves, o Plenário do STF declarou que estes não configuram fato gerador do tributo. A questão para a análise dos ministros poderia ser colocada como um problema jurídico tradicional relacionado à abrangência ou não da regra constitucional, que trata de “veículos automotores”, ao caso concreto⁴. No entanto, considerações consequentialistas parecem ter exercido um peso decisivo sobre a decisão final, de forma que a solução do caso não se restringiu à questão da mera incidência normativa. É o que se depreende do voto do Ministro Francisco Rezek:

[...] se se fizer a análise etimológica da expressão “veículos automotores”, como fez o autor citado nos autos, é sempre possível concluir que se pode enquadrar no conceito de veículo automotor o navio e a aeronave. Pode ser enquadrada também qualquer criatura do reino animal, veículo que é porque capaz de transportar coisas, e automotor porque independente de qualquer tração externa à sua própria estrutura física. [...]

O que se espera do doutrinador, quando escreve sobre direito tributário, não é que nos diga aquilo que pensa sobre o significado das palavras. [...]

Penso no que seriam as consequências de se abonar a constitucionalidade dessa exação. Penso em como se deveriam alterar normas relacionadas com registros e cadastros. Penso no IPVA, que o constituinte manda ser arrecadado por Estados e repartido depois com o município onde está licenciado cada veículo. Penso em como se afetarão navios e aviões aos municípios...

Se isso devesse ser feito, para dar alguma valia operacional à pretensão tributária de alguns Estados, imagino as consequências. [...]⁵

Como se constata, o ministro Francisco Rezek acreditava que a determinação da hipótese de incidência do IPVA exclusivamente com base na conceituação de “veículos automotores” poderia levar a entendimentos absurdos, já que, em última análise, “[d]os animais mais lentos, [...], aos mais velozes; dos mais robustos, [...], aos mais frágeis, todos nós incluiríamos no conceito de veículo automotor se ele devesse ser compreendido semanticamente”.

Por essa razão, há necessidade de que, segundo o ministro, a constitucionalidade da exação fosse analisada a partir das consequências que a decisão poderia gerar no mundo real. A dificuldade de criação de registros nos Estados e Municípios com a finalidade de afetar aeronaves e embarcações às suas jurisdições, bem como o conflito que surgiria entre entes federados “desejosos, de algum modo, de aumentar sua receita mediante a aplicação de tarifas reduzidas e outras coisas mais” seriam, aos olhos do ministro Francisco Rezek, consequências negativas que, como tais, deveriam ser evitadas. Assim, a solução mais adequada ao problema seria rechaçar a incidência do IPVA sobre embarcações e aeronaves.

A linha argumentativa do ministro Francisco Rezek permite perceber que os argumentos consequentialistas desempenharam um papel central em sua tomada de decisão, inclusive maior do que própria interpretação semântica da regra de incidência tributária. O problema parece residir no fato de que, apesar de intuitivas, as consequências elencadas pelo ministro não são sustentadas por nenhum dado empírico que permita aferir a probabilidade de elas de fato se materializarem. Generalizada, essa prática pode deixar os

públicas. E assim – quer gostem, quer não gostem, quer o façam aberta ou veladamente – seus integrantes estão irresistivelmente impingidos a pensar seriamente sobre relações de adequação entre meios jurídicos e fins normativos, relações essas que não podem ser obtidas somente com a filosofia, a lógica, a filologia ou a gramática. Como se vê, trata-se de um Poder Judiciário, ousamos dizer, ávido por estudos que articulem a interpretação do texto da lei com suas prováveis repercussões práticas.” In PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 127, jan./abr. 2013.

3 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 8, p. 441-464, jul./dez. 2008.

4 Na hipótese, o caso poderia ser considerado a expressão de um problema de textura aberta da linguagem. V. a respeito HART, H. L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 126.

5 STF. Recurso Extraordinário n. 134509. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator. p/ acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, 29 de maio de 2002. *Diário da Justiça*, 13 set. 2002.

processos de tomada de decisão dependentes excessivamente das especulações dos juízes sobre os efeitos de suas possíveis decisões.

Assim, se é verdade que em alguns julgamentos na seara tributária, tal como no exemplo acima, os ministros não apenas pensam nos efeitos, mas de fato usam argumentos consequencialistas para justificar as suas decisões, então faz sentido perquirir se é “possível controlar normativamente o futuro em sua conexão com o passado e o presente”⁶ num cenário de incerteza e imprevisibilidade, no qual as capacidades epistêmicas dos ministros para se engajar nesse tipo de argumento não são óbvias.

Essas incertezas levantam uma série de questões a respeito da ampla utilização de argumentos consequencialistas em processos de tomada de decisão jurídica, pois a impossibilidade de prever o futuro poderia vincular aos juízos prospectivos típicos da argumentação consequencialista altas margens de discricionariedade judicial.

Isso porque, de um lado, não é desejável que os ministros justifiquem suas decisões com base exclusivamente nas consequências que elas podem gerar, haja vista a necessidade de que as razões apresentadas encontrem suporte no direito, e não nas intuições ou valorações pessoais do tomador de decisão, impedindo, assim, decisões arbitrárias⁷.

Em sentido oposto, porém, é igualmente indesejável que nenhuma das possíveis consequências da decisão sejam levadas em consideração em julgamentos tributários, já que decisões judiciais apresentam uma pretensão de universalização a partir da solução apresentada no caso concreto⁸⁻⁹, o que exige que o aplicador pense, seriamente, na consequência de suas decisões ante à possibilidade de sua universalização¹⁰. Este é um reclame isonômico, na medida em que casos semelhantes devem ser tratados de forma semelhante¹¹⁻¹².

6 LUHMANN, Niklas. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 73.

7 ÁVILA, Humberto. A justificação das decisões judiciais. In: *Seminário Teoria da Decisão Judicial*, 23, 24 e 25 de abril de 2014, Brasília, DF. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Coordenação Científica: Ricardo Villas-Bôas Cueva. Brasília: CJE, 2014. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/serie-cadernos/serie-caderno-30>>. Acesso em: 27 set. 2015.

8 A pretensão de universalização, além de ser um reclame isonômico, decorre do próprio ordenamento jurídico brasileiro o qual, em diversos dispositivos, procura uniformizar a aplicação do direito. A título meramente exemplificativo, em nível constitucional, a Constituição Federal de 1988 determina que “[a]s decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (art. 102, §2º). Igualmente, no controle difuso, tem-se a resolução do Senado visando à suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X). Já no plano infraconstitucional, a pretensão de universalização das decisões judiciais é notória em diversos institutos do Novo Código de Processo Civil, como o julgamento mediante a sistemática dos recursos repetitivos (art. 979, §3º, da Lei 13.105/2015) e o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 e ss., da Lei 13.105/2015).

9 Segundo Neil MacCormick, ao argumentar pelas consequências, somente aquelas genéricas e não específicas do caso concreto são relevantes, já que o processo de justificação se preocupa em demonstrar o motivo pelo qual uma decisão é preferível às demais. No original: “because the justification proceeds by way of showing why such a decision ought to go one way rather than the other, the relevant consequences are those of generic ruling involved in deciding one way or the other, not just the specific effects of the specific decision on the individual parties. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*: Clarendon Law Series. Oxford: Oxford University Press, 1978. p. 150.

10 MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning (Law, State and Practical Reason)*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 102.

11 Lewis Sargentich defende que o Direito funda-se em três premissas básicas que se revelam, concomitantemente, como aspirações a serem alcançadas pelo Direito. A primeira delas é a noção de *legal entitlement*, a partir da qual a posição das pessoas na sociedade depende das leis e não da discricionariedade de um soberano ou indivíduo (*non sub homine, sed sub Deo et lege*). A segunda aspiração é a de justiça formal, de onde se depreende que casos semelhantes devem ser tratados de forma semelhante. Em existindo justiça no sentido formal, os indivíduos são capazes de determinar qual o padrão de comportamento a ser seguido. O oposto da justiça formal, para o professor, é a compreensão de um caso de maneira isolada, sem que se atente para o fato de que ele compõe o ordenamento jurídico no qual se insere. Por fim, a terceira aspiração do direito é a racionalidade jurídica (*legal rationality* ou *law like rationality* no original), decorrência lógica das demais premissas. A ideia é que pessoas racionalmente capazes podem entender o significado das leis e se comportar de acordo com elas. Resoluções racionais seriam alicerces para a concretização de *legal entitlement*. Igualmente, racionalidade é entendida por Sargentich em sentido amplo, abarcando a noção de coerência das normas do ordenamento jurídico, e garantindo-se, dessa forma, que a aspiração de justiça formal seja concretizada (SARGENTICH, Lewis. *Jurisprudence: legal ideals*. Harvard Law School, 15 set. 2015. Notas de aula).

12 Um ordenamento jurídico muito complexo, tal como seria de se imaginar quando se permite a ampla utilização de argumentos

Dessa forma, os dois extremos acima apresentados devem ser rechaçados, já que o primeiro exclui a possibilidade de justificativas racionais baseadas em considerações consequencialistas ante a existência de incertezas relativas ao futuro e à imprevisibilidade absoluta das cadeias de conseqüências, enquanto o segundo ignora não somente que a qualidade das decisões judiciais pode depender das conseqüências que o aplicador pretende ver concretizadas no mundo real como também da necessidade de que ele aja com prudência e responsabilidade ao decidir¹³. Ademais, se os ministros devem conquistar a confiança dos indivíduos constantemente e isto é feito por meio das justificativas que apresentam nas suas decisões¹⁴, talvez faça sentido exigir que as razões apresentadas considerem, seriamente, as diversas conseqüências que provavelmente advirão de cada alternativa decisória.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por objeto a análise crítica do uso do consequencialismo judicial para a modulação dos efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27, da Lei 9.868/1999¹⁵, pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento de questões envolvendo Direito Tributário. Inicialmente, convém deixar claro que o trabalho não tem por objetivo defender o uso de argumentos consequencialistas como panaceia geral para a solução de conflitos nesta seara do Direito. A ideia é analisar como argumentos consequencialistas são operacionalizados no Supremo para, a partir daí, permitir críticas mais profundas sobre a aplicação generalizada de raciocínios consequencialistas no direito.

Nesse momento, porém, o presente trabalho se centra no levantamento de dados sobre o processo de justificação de decisões no STF, no que se revela o seu propósito prioritariamente empírico. Tendo esse objetivo em vista, busca-se responder às seguintes perguntas de pesquisa: (i) os ministros, quando evocam a modulação de efeitos temporais de decisões que envolvem a superação de discussões tributárias, utilizam argumentos consequencialistas? Em caso positivo, (ii) as prognoses inerentes à argumentação com base em conseqüências, quando realizadas pelos ministros do STF, são acompanhados de documentos, estudos ou dados capazes de lhes servir de suporte? As hipóteses são: (i) os ministros utilizam argumentos consequencialistas e (ii) a maior parte dos juízos sobre o futuro por eles efetuados não são acompanhados de documentos, estudos ou dados capazes de lhes servir de suporte. Uma vez confirmada a hipótese (ii), apontam-se alguns problemas relacionados à utilização de argumentos consequencialistas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e se argumenta que possíveis déficits epistêmicos podem comprometer o engajamento dos ministros nesse tipo de argumento.

2. METODOLOGIA

Em que pese a alta demanda pelo curso de Direito no país, a pesquisa jurídica, quando comparada às pesquisas realizadas em outras áreas do saber (medicina, economia e engenharia, *e.g.*), é atrasada¹⁶. Basta destacar, nesse sentido, que a existência de 1.240 faculdades de Direito no território nacional, ainda em 2015,

consequencialistas, poderia acabar influenciando no tratamento antiisonômico dos cidadãos. Segundo Michael Graetz e Deborah Schenk, “[c]omplexity is inequitable because taxpayers with equal ability to pay may have different tax burdens because of their unequal abilities to understand or manipulate tax rules” (GRAETZ, Michael J.; SCHENK, Deborah. *Federal Income Taxation: principles and Policies*. 7. ed. St. Paul: Foundation Press, 2013. p. 29).

13 MACCORMICK, Neil. On Legal Decisions and their Consequences: from Dewey to Dworkin. *New York University Law Review*, v. 58, n. 2, p. 239-240, maio 1983.

14 AARNIO, Aulis. Introduction. In: PECZENIK, Aleksander. On Law and Reason. Preface by Jaap C. Hage. *Law and Philosophy Library*, Sweden: Springer, v. 8, p. 4, 2008.

15 A modulação temporal também é possível nos termos do art. 11, da Lei 9.882/1999 (lei que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal). No entanto, na pesquisa realizada, não se encontrou nenhum caso de modulação em julgamento de direito tributário em sede de ADPF, razão pela qual ao longo deste Trabalho de Conclusão de Curso, optou-se por trabalhar somente com a hipótese do art. 27, da Lei 9868/1999.

16 ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. *Revista CEJ*, Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, v. 7, p. 143-150, 1998.

num quadro em que o restante do mundo totalizava 1.100 universidades¹⁷, é acompanhada de uma produção jurídica que às vezes recorre às técnicas de “manualismo” e “reverencialismo”, reproduzindo, de maneira acrítica, o conteúdo e a estrutura de manuais ao mesmo tempo que argumentos de autoridade parecem encerrar qualquer controvérsia cuja solução demande um estudo mais aprofundado¹⁸.

No cenário acima descrito, em que a maior parte da comunidade jurídica brasileira parece compreender a pesquisa jurídica como um “levantamento bibliográfico” e, quando muito, uma “análise crítica com confronto de teses, com o predomínio de pesquisas teóricas e dogmáticas”¹⁹, a abordagem empírica tem sido preterida. A questão pode se revelar como um paradoxo se, na linha das críticas tecidas por João Maurício Adeodato, “além da ignorância sobre como pesquisar e como apresentar os resultados de suas pesquisas, os juristas estão em geral tão envolvidos com problemas práticos do dia-a-dia que não têm tempo para estudos mais aprofundados”²⁰. O paradoxo consiste, precisamente, no fato de que a má qualidade da produção jurídica é atribuída, dentre outras coisas, ao envolvimento exacerbado com problemas do cotidiano e, no entanto, poucos são os trabalhos de Direito que se preocupam com questões empíricas.

Buscando contribuir, ainda que de forma reduzida, para a alteração desse quadro, o presente texto adota uma metodologia empírica para a discussão de problemas teóricos.

O objeto do presente trabalho são todos os julgamentos de Direito Tributário, realizados entre o período de novembro de 1999 a outubro de 2015, no Supremo Tribunal Federal, nos quais se discutiu a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade com fundamento no art. 27, da Lei 9.868/1999.

A delimitação do objeto parte da premissa de que houve uma mudança relativamente recente na forma de se estudar o Direito Tributário no país. Se, antes se defendia que esse ramo deveria ser analisado de maneira isolada, livre da “contaminação entre princípios e conceitos jurídicos e princípios e conceitos pré-jurídicos (econômicos, financeiros, políticos, sociais etc.)”²¹, hoje é possível verificar uma tendência de compreender essa seara do Direito em sua conexão com as demais áreas do saber, como, por exemplo, a economia e a política²². Dessa forma, imagina-se que o Direito Tributário seja campo fértil para o proliferamento de argumentos consequencialistas, uma vez que esses trazem para dentro do mundo jurídico a preocupação com os efeitos de uma determinada decisão sobre o mundo prático.

A escolha por analisar especificamente o uso de argumentos consequencialistas na modulação de efeitos da declaração da inconstitucionalidade com fundamento no art. 27, da Lei 9.868/1999 justifica-se (i) pela peculiaridade desse instituto, uma vez que ele configura uma “contraordem” ao Direito, na medida em que, a despeito da declaração de invalidade de uma norma jurídica, mantêm-se os atos que lhe são contrários²³ e (ii) na necessidade de que, ao modular, os ministros do Supremo analisem os “efeitos negativos da modificação de situações jurídicas já consolidadas no âmbito social”²⁴, o que poderia significar uma argumentação mais preocupada com consequências. De fato, a dicção do artigo 27 leva a crer que a aplicação adequada do dispositivo exija um raciocínio prospectivo. Isso porque a modulação só se justifica se a declaração de invalidade da lei ou ato normativo no caso promover um estado de coisas que possa ser avaliado negativamente

17 Esses dados foram divulgados pela Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/20734/brasil-sozinho-tem-mais-faculdades-de-direito-que-todos-os-pai-ses>>. Acesso em: 4 nov. 2015.

18 OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi! Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito (UFPE), v. 13, p. 299-330, 2003. Disponível em: <https://www.uniceub.br/media/180293/Texto_IX.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2015.

19 OLIVEIRA, Fabiana Luci de (Org). *Justiça em foco: estudos empíricos*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. p. 7.

20 ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. *Revista CEJ*, Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, v. 7, p. 143, 1998.

21 Segundo Becker, “[e]ssa contaminação constitui a atitude mental jurídica” e é responsável pela introdução de incerteza e contradição no mundo jurídico. BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007. p. 42.

22 A título meramente exemplificativo, Luís Eduardo Schoueri afirma que “[s]endo a tributação um fenômeno histórico, político, econômico e social, as contribuições oferecidas por essas aproximações não podem ser desprezadas na busca da construção de um sentido ao todo tributário.” SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 17.

23 ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 515.

24 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. 317.

com base na segurança jurídica ou excepcional interesse social.

A delimitação temporal se justifica pelo fato de que a Lei 9.868/1999, que confere ao STF a prerrogativa de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de algum outro momento²⁵ a ser fixado, somente passou a vigorar no dia 10 de novembro de 1999. O marco final em outubro de 2015²⁶ foi um corte arbitrário cuja finalidade era impedir a consideração de novas decisões uma vez que a análise descritiva estivesse concluída.

A delimitação quanto ao que constitui “julgamentos de direito tributário nos quais se discutiu a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade com fundamento no art. 27, da Lei 9.868/1999” foi feita com base no próprio sítio do STF (<http://www.stf.jus.br/>)²⁷.

Os termos “tributário modulação”, “tributação modulação” e “tributo modulação” foram os parâmetros de busca inseridos no campo “pesquisa livre” na página de pesquisa de jurisprudência do sítio do STF. Além disso, os termos “tributário”, “tributação” e “tributo” foram inseridos, individualmente, no campo “pesquisa livre”, ao mesmo tempo que “lei ordinária” foi selecionada no campo legislação, “9868” inserido em número, e “27” inserido em artigo. O intuito era assegurar que o maior número possível de casos seria analisado.

Em relação à primeira busca (“tributário modulação”), obteve-se um total de 95 acórdãos, todos válidos para análise. Em relação à segunda busca (“tributação modulação”), 8 acórdãos foram encontrados, dos quais 2 não constavam no grupo anteriormente obtido. Em relação à terceira busca (“tributo modulação”), dos 33 acórdãos e 1 repercussão geral, 28 acórdãos já haviam sido obtidos nas buscas anteriores, de forma que 5 acórdãos e 1 repercussão geral foram adicionados. Da quarta busca (“tributário lei 9868 art 27”) resultaram 35 acórdãos, dos quais 12 eram inéditos. Um acórdão foi excluído porque não tratava de assunto tributário²⁸ e os 11 restantes foram adicionados à base de dados. Da quinta busca (“tributo lei 9868 art 27”), 17 acórdãos e 1 repercussão geral foram encontrados, dos quais somente 2 acórdãos ainda não haviam sido inseridos na base de dados. Por fim, da sexta busca (“tributação lei 9868 art 27”), 3 acórdãos foram encontrados, mas todos já haviam sido obtidos nas buscas anteriores.

A base de dados é composta por 116 acórdãos (115 acórdãos e 1 repercussão geral). Em relação ao total, 31 julgamentos foram feitos pelo Órgão Pleno do STF, 35 pela Primeira Turma e 50 pela Segunda Turma. Como por expressa disposição legal somente é possível a modulação com o quórum de dois terços dos

25 Antes da entrada em vigor da Lei nº 9.868/1999, o Supremo Tribunal Federal já modulava os efeitos das declarações de inconstitucionalidade. A título meramente exemplificativo, tem-se o RE 122.202 de relatoria do Ministro Francisco Rezek, julgado em 10/08/1993. Confira-se a ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO. Acórdão que prestigia lei estadual a revela da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão erga omnes da corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem - mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário provido em parte (STF, Segunda Turma. Recurso extraordinário n. 122.202. Relator: Min. Francisco Rezek, de 10 de agosto de 1993. Diário da Justiça, 8 abr. 1994).

26 O marco final refere-se à data em que o acórdão estava disponível no sítio do Supremo Tribunal Federal e não à data do julgamento.

27 Seria possível argumentar que o objeto fosse delimitado primeiramente se definindo o conceito de “direito tributário” com supedâneo na doutrina nacional ou mesmo na estrangeira para, em seguida, se proceder à formação da base de dados. Essa alternativa seria problemática à medida que exigiria que o pesquisador soubesse de antemão todos os possíveis casos analisados pelo Supremo Tribunal Federal, para imediatamente classificá-los com fundamento no conceito adotado e finalmente determinar o conjunto de casos que constituiriam o objeto de estudo. Uma vez que não se é possível prever o conteúdo de todos os julgamentos já realizados ou, alternativamente, ler todos os casos já decididos pelo STF enquadrando-os ou não em “julgamentos de direito tributário”, optou-se pela utilização de termos genéricos (“tributário”, “tributação”, “tributo”) e da classificação já realizada pelo próprio tribunal, conforme se depreende do resultado das pesquisas de jurisprudência. Dito em outras palavras, o que o STF classificou como “tributário”, “tributação” e “tributo” é, para fins da dissertação, “direito tributário”.

28 O caso excluído foi a Petição Avulsa de Extradicação 1085, na qual se pedia o relaxamento da prisão e a extradicação de Cesare Battisti à Itália. (STF, Tribunal Pleno, Ext 1085 PET-AV, rel. min. Gilmar Mendes, rel. p/ acórdão min. Luiz Fux, j. em 08/06/2011, Dje 02/04/2013).

ministros do STF, somente serão analisados os casos decididos pelo Plenário.

Uma vez delimitado o objeto a ser descrito e explorado, a jurisprudência do STF será analisada à luz de teorias que tratam do uso de argumentos consequencialistas por aplicadores do direito, de maneira geral, e por juízes, de maneira específica.

3. DOS CONCEITOS ADOTADOS

3.1. O que se entende por argumentos consequencialistas e as manifestações do consequencialismo judicial

A definição de argumentos consequencialistas é ambígua²⁹, fazendo-se pertinente, portanto, determinar qual é aquela adotada ao longo deste trabalho.

A expressão é empregada aqui em sentido amplo para compreender qualquer “tipo de argumento que fornece razões para a tomada de uma decisão específica a partir de uma avaliação dos possíveis efeitos desta decisão”³⁰. O que importa para um juízo consequencialista é a consideração dos impactos na realidade de alternativas de decisão ou cursos de ação. Implicações puramente jurídicas de decisões, no sentido da representação de efeitos relevantes para o mundo e a linguagem do direito, não constituem argumentos propriamente consequencialistas, uma vez que se limitam à extração de resultados necessários determinados por normas ou manifestações autoritativas do direito, como uma decisão judicial. Tome-se, por exemplo, o contido no artigo 167 do Código Civil. A *nulidade do negócio jurídico* é uma *consequência* da declaração de simulação. Nesse caso, a nulidade é um efeito propriamente jurídico da decisão. Como tal, pode produzir efeitos no mundo. Mas são estes, e não aquele, que devem ser considerados em uma argumentação tipicamente consequencialista.

Partindo-se dessa definição, vê-se que o consequencialismo judicial comporta três visões distintas acerca da relevância de argumentos consequencialistas para a tomada de decisão. Na primeira delas, uma decisão é adequada se, e somente se, não se encontra uma decisão alternativa cujas consequências sejam preferíveis às suas, o que se poderia chamar de consequencialismo forte³¹. Já na segunda, as consequências exercem um papel residual nas decisões³², sendo utilizadas, somente, quando argumentos institucionais³³ não forem capazes de determinar uma solução, o que se poderia denominar de consequencialismo residual. Por fim, na terceira, as consequências podem ser utilizadas ao lado de outros argumentos institucionais, mas nunca com peso superior a esses, o que se poderia classificar como consequencialismo fraco³⁴.

29 MACCORMICK, Neil. On Legal Decisions and their Consequences: from Dewey to Dworkin. *New York University Law Review*, v. 58, n. 2, p. 246, maio 1983.

30 ARGUELHES, Diego Werneck. Argumentação Consequencialista e Estado de Direito: Subsídios para uma compatibilização. In: XIV Encontro Nacional do CONPEDI, 2005, Fortaleza. *Anais do XIV Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005.

31 SCHUARTZ, Luis Fernando. *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem*. p. 2-3. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1724/CONSEQUENCIALISMO;jsessionid=1D7FD074152F03813EF80E88526D7381sequence=1>>. Acesso em: 7 set. 2015.

32 SCHUARTZ, Luis Fernando. *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem*. p. 2-3. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1724/CONSEQUENCIALISMO;jsessionid=1D7FD074152F03813EF80E88526D7381sequence=1>>. Acesso em: 7 set. 2015.

33 “Os argumentos institucionais são aqueles que, sobre serem determinados por atos institucionais – parlamentares, administrativos, judiciais –, têm como ponto de referência o ordenamento jurídico. Possuem, nesse sentido, maior capacidade de objetivação.” ÁVILA, Humberto. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, jan./fev./mar., 2010.

34 SCHUARTZ, Luis Fernando. *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem*. p. 2-3. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1724/CONSEQUENCIALISMO;jsessionid=1D7FD074152F03813EF80E88526D7381sequence=1>>.

Todas essas acepções preservam a mesma estrutura, que, nos termos de um modelo formal de justificacão, pode ser apresentada em três etapas e duas dimensões. A primeira dessas etapas é a indicação clara das alternativas de decisão; a segunda, das consequências vinculadas a cada uma das alternativas decisórias. A relação entre os dois primeiros passos compõe a dimensão descritiva ou positiva do raciocínio consequencialista. Nela, realiza-se um esforço de prognose. A terceira etapa, por sua vez, diz respeito à identificação de um critério de valoração, para fins de ranqueamento ou ordenação, das consequências. A aplicação desse critério, com a correspondente ordenação dos estados do mundo antecipáveis e a seleção, ao fim, da alternativa decisória que deve ser privilegiada compõe a dimensão normativa do raciocínio.³⁵ Essa estrutura ergue a pretensão de se aplicar a qualquer processo de tomada de decisão orientado em efeitos futuros de alternativas decisórias.³⁶ A diferença entre as três acepções de consequencialismo anteriormente apresentadas, portanto, não é estrutural, mas reside no peso atribuído aos argumentos consequencialistas para a determinação da decisão.

A definição ampla de argumentos consequencialistas e consequencialismo judicial no presente trabalho se justifica por permitir a análise de um número maior de decisões do Supremo Tribunal Federal nos quais essa estrutura de argumentação se fez presente³⁷. Como resultado, acredita-se que certos problemas atrelados à argumentação com base em consequências possam ser visualizados mais facilmente, fortalecendo o debate quanto à sua utilização no processo de tomada de decisões.

3.2. Modulação temporal da declaração de inconstitucionalidade

No Direito brasileiro, prevalece a regra geral de que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual opera efeitos *ex tunc*, retroagindo à data de origem do ato viciado³⁸⁻³⁹ e cessando, imediatamente, a sua aplicação⁴⁰. Tais declarações de inconstitucionalidade, se proferidas em sede de controle concentrado, produzem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta de todos os entes da Federação, nos termos do art. 102, §2º, da Constituição Federal de 1988.

A questão, no entanto, torna-se complexa quando se reconhece que, em que pese a eficácia declaratória das decisões de inconstitucionalidade, a norma inválida de fato produziu seus efeitos no mundo real⁴¹, de tal sorte que a atribuição de efeitos *ex tunc*, em determinadas hipóteses, seria capaz de “violiar ainda mais a

88526D7381sequence=1>. Acesso em: 7 set. 2015.

35 ARGUELHES, Diego; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 190.

36 Um esforço nesse sentido pode ser encontrado em LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens*. Baden-Baden: Nomos, 2014.

37 Uma definição mais restrita de argumentos consequencialistas na seara tributária é defendida pela professora Tathiane dos Santos Piscitelli para quem “se a consequência com a qual devemos nos preocupar é aquela vinculada à universalidade da decisão, um argumento consequencialista válido (ou seja, que esteja focado nas consequências que importam) deverá tratar da aceitabilidade da aplicação universal da decisão em face dos valores do direito tributário.” PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 32.

38 A declaração de inconstitucionalidade proferida em controle concentrado, de acordo com o precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 730462, não tem o condão de atingir decisões transitadas em julgado. Nesses casos, seria necessária a propositura de uma ação rescisória para desconstituição da coisa julgada.

39 De acordo com Luís Roberto Barroso, “[n]ão prevaleceu no Brasil a doutrina que atribuía à lei inconstitucional a condição de norma anulável, dando à decisão na matéria um caráter constitutivo”. (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 198.

40 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 54-55.

41 Nesse sentido, desde 1977, já se falava em produções de efeitos das normas as quais não podiam ser ignoradas pelo Supremo Tribunal Federal. O ministro Leitão de Abreu, no RE 79343, afirma: “[t]enho que proceder a tese de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar.”

Constituição⁴². Nesses casos, a modulação temporal da decisão permite que, apesar do entendimento do STF no sentido da inconstitucionalidade da norma, seus efeitos, ou parte deles, sejam mantidos. A declaração de inconstitucionalidade passa a operar efeitos *ex nunc* (a partir da publicação da decisão) ou a partir de outro momento fixado pelo Tribunal, sendo possível, ademais, o estabelecimento de regras de transição que visem à promoção, na maior medida possível, da ordem constitucional⁴³.

O ordenamento brasileiro passou a admitir, expressamente, a modulação temporal no art. 27 da Lei 9.868/1999⁴⁴, embora, em ocasiões anteriores, o Supremo Tribunal Federal já houvesse identificado a impossibilidade de atribuição de efeitos retroativos ante a necessidade de se proteger a boa-fé do particular nas suas relações com o poder público⁴⁵.

Nos termos do art. 27 da Lei 9868/1999, a modulação temporal deve se dar por razões de “segurança jurídica” ou de “excepcional interesse social”, não se aplicando essa regra aos casos de declaração de constitucionalidade⁴⁶.

Ainda que o dispositivo seja amplamente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, sua constitucionalidade está sendo questionada nas ADIs 2154 e 2258, propostas, respectivamente, pela Confederação Nacional das Profissões Liberais e pelo Conselho Federal Da Ordem Dos Advogados Do Brasil. Dentre outros argumentos, segundo os autores, a norma seria contrária à isonomia, à legalidade e ao devido processo legal⁴⁷.

Longe de procurar esgotar a discussão quanto à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade⁴⁸, esta seção tem a finalidade de evidenciar duas questões cruciais para o desenvolvimento do presente trabalho.

A primeira delas diz respeito ao caráter excepcional da modulação, o que impõe aos ministros um ônus argumentativo a ser superado para fundamentar a sua aplicação. Assim, eles devem (i) justificar, expressamente, por que a nulidade *ex tunc* é afastada, apontando o fundamento da norma constitucional que serve de base para a preservação dos efeitos do ato inconstitucional, (ii) justificar como o afastamento da nulidade *ex tunc* é capaz de manter o estado de constitucionalidade e (iii) indicar os efeitos negativos advindos da decretação da nulidade *ex tunc*⁴⁹.

A segunda questão está relacionada ao entendimento de que, tal como prevista no ordenamento jurídico brasileiro, a modulação requer que os ministros pensem nas consequências de suas decisões. Isso porque, primeiramente, se lhes cabe comprovar os efeitos negativos que adviriam da decretação da nulidade *ex tunc* e fundamentar como o seu afastamento é capaz de manter o estado de constitucionalidade, então, é necessário que os ministros considerem, e antecipem, os estados de coisas vinculados às alternativas decisórias de

42 ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 363.

43 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 515.

44 In verbis: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

45 A título meramente exemplificativo, tem-se o RE 79343, Segunda Turma, Rel. Min. Leitão de Abreu, jul. em 31/05/1977, DJ 02/09/1977.

46 O STF rejeitou esta possibilidade no julgamento dos Embargos de Declaração na ADI 1040, sob o argumento de que se admitida a modulação, ter-se-ia uma inversão da presunção de constitucionalidade das leis. (ED na ADI 1040, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, jul. em 31/05/2006, DJ 01/09/2006).

47 O julgamento das ADIs foi suspenso em fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticia-Detalhe.asp?idConteudo=69099>>.

48 Para uma análise mais aprofundada sobre o tema, ver ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 514-595 e DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009. Capítulo V. Para uma crítica ao excepcional interesse social como critério para modulação devido à sua indeterminação conceitual, ver ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

49 ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 594.

modulação ou não dos efeitos temporais da decisão. Tais prognoses, como se nota, são parte de uma argumentação consequencialista que demanda a análise de alternativas, a indicação das respectivas consequências vinculadas a cada uma delas e a escolha da alternativa que gere os melhores efeitos no mundo real, a partir do critério normativamente eleito para a hierarquização dos estados do mundo.

A modulação, também, demanda dos ministros uma argumentação consequencialista por uma segunda razão, relativa à estrutura das normas.

Os critérios para a modulação de efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, i.e., segurança jurídica e excepcional interesse social⁵⁰, determinados por expressa escolha do legislador infraconstitucional, são princípios jurídicos, diferenciando-se em sua estrutura das regras. Conforme Humberto Ávila,

Princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção⁵¹.

Dessa forma, os critérios que possibilitam a modulação de efeitos, em que pese indiquem um estado de coisas a ser promovido, não prescrevem o meio para alcançá-lo, estando o intérprete da norma livre para fixá-lo. A liberdade de escolha de meios se evidencia pelas diversas alternativas de como modular o efeito da decisão. Em linhas meramente exemplificativas, é possível a atribuição de efeitos *ex nunc*, a criação de regras de transição e o estabelecimento de um período de tempo no qual a norma ainda produzirá seus efeitos. Isso significa que o juiz tem liberdade para escolher, dentre os meios possíveis, aquele que produzirá consequências que promoverão, na maior medida, o estado de coisas buscado pela segurança jurídica e pelo excepcional interesse social.

4. A UTILIZAÇÃO DE ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em relação aos 31 acórdãos analisados, em 25 constatou-se a utilização de argumentos consequencialistas⁵². Embora referências genéricas aos efeitos da decisão sejam recorrentes — no RE 377457, por exemplo, a ministra Cármen Lúcia disse considerar a questão discutida “realmente, gravíssima [...] até pelas consequências que daqui derivam”, enquanto que o ministro Menezes Direito, destacou a “repercussão” do caso e o “efeito danoso” a “pequenos contribuintes” —, é notável a capacidade de os ministros elaborarem cadeias de consequências que, em última instância, culminariam não somente no desestímulo “[a]os cidadãos em geral a respeitarem o arcabouço normativo constitucional em vigor” (ADI 4481), como também à institui-

50 Em um debastamento inicial sobre o tema, vê-se que o Supremo Tribunal Federal tem interpretado excepcional interesse social de maneira bem abrangente, consubstanciando-se esse em qualquer princípio constitucional. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. A Modulação no Controle de Constitucionalidade de Novos Tributos. *Revista Consultor Jurídico*, 10 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-10/eurico-santi-modulacao-supremo-criacao-tributo>>. Acesso em: 18 set. 2015.

51 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 102.

52 Eurico de Santi, ao analisar a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade nos casos relativos à instituição de novos tributos, chega à conclusão de que a repercussão econômica nunca é critério suficiente para determinar a modulação. Segundo o professor, “o STF sempre se pautou por razões de lacuna normativa, alteração de entendimento jurisprudencial e, em última instância, de insegurança no sistema jurídico”. SANTI, Eurico Marcos Diniz de. A Modulação no Controle de Constitucionalidade de Novos Tributos. *Revista Consultor Jurídico*, 10 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-10/eurico-santi-modulacao-supremo-criacao-tributo>>. Acesso em: 18 set. 2015. A afirmação do professor deve ser lida nos exatos termos em que foi proposta. Primeiramente, ela diz respeito a um tipo específico de casos, qual seja, relativo à instituição de novos tributos. Em segundo lugar, embora a repercussão econômica não seja critério suficiente para determinar a modulação, isso não significa, necessariamente, que ela não seja considerada pelos ministros. O presente trabalho adota um conceito mais amplo de consequencialismo judicial, conforme descrito na metodologia, de forma que neste capítulo são analisados os diversos argumentos consequencialistas presentes nas decisões relativas a modulação, independente do peso que cada um deles exerceu para determinar a decisão.

ção, pelo Supremo, do “capitalismo sem as incertezas inerentes às decisões de produção e de investimento, o capitalismo sem riscos, sem o salto no escuro” (RE 353657).

Neste tópico pretende-se responder ao problema formulado nas considerações introdutórias, qual seja, se os juízos de prognose inerentes à argumentação com base em consequências, quando realizados pelos ministros do STF, são acompanhados de documentos, estudos ou dados capazes de lhes servir de suporte. Uma vez verificada a confirmação da hipótese, analisa-se, criticamente, a utilização de argumentos consequencialistas na jurisprudência do STF e se questiona, dada a assimetria existente entre o futuro presente e o presente futuro que afeta a confiabilidade das prognoses em juízos prospectivos⁵³, se os ministros reúnem informações capazes de superar deficits epistêmicos no processo de justificação de decisões orientados em consequências.

4.1. Respostas aos problemas de pesquisa (ou a falta de evidências empíricas para a elaboração de prognoses)

A tabela abaixo demonstra se argumentos consequencialistas foram ou não considerados em cada um dos julgamentos analisados e, em casos afirmativos, se as prognoses foram acompanhadas de estudos, documentos ou dados que lhes servissem de suporte.

Tabela 1

Caso	Tema	Há argumento consequencialista?	A prognose é acompanhada, no voto dos ministros, de documentos, estudos ou dados, capazes de lhe servir de suporte?	
01	ADI 4171	ICMS	Sim	Não
02	QO na ADI 4425	Precatório	Sim	Em parte ^{1*}
03	ADI 4481	ICMS	Sim	Não
04	ED no RE 595838	CSLL	Sim	Em parte*
05	ED no RE 569056	Execução fiscal pela Justiça do Trabalho	Sim	Em parte*
06	RE 590809	IPI	Sim	Não
07	RE 477323	ICMS	Não	-----
08	RE 635688	ICMS	Não	-----
09	ED no RE 559937	ICMS	Sim	Não
10	ADI 4628	ICMS	Sim	Não
11	RE 680089	ICMS	Sim	Não
12	ADI 429	ICMS	Sim	Não
13	AgR na Rcl 12692	Contribuição social previdenciária do produtor rural	Não	-----
14	ADI 2669	ICMS	Sim	Não
15	RE 630733	Concurso público	Sim	Não
16	RE 559937	PIS/COFINS	Sim	Não

53 LUHMANN, Niklas. Selbstreferenz und Teleologie in gesellschaftstheoretischer Perspektive. *Neue Hefte für Philosophie*, Göttingen, v. 20, p. 6-7, 1981.

Caso	Tema	Há argumento consequencialista?	A prognose é acompanhada, no voto dos ministros, de documentos, estudos ou dados, capazes de lhe servir de suporte?	
17	RE 405579	Imposto sobre importação	Sim	Não
18	RE 596177	Contribuição social previdenciária do produtor rural	Não	-----
19	ADI 3462	Remissão e anistia	Sim	Não
20	ADI 875	Fundo de Participação dos Estados	Sim	Não
21	RE 363852	Contribuição social previdenciária do produtor rural	Sim	Não
22	RG no RE 592321	IPTU	Não	-----
23	RE 377457	COFINS	Sim	Não
24	RE 556664	Prescrição e decadência	Sim	Não
25	RE 560626	Prescrição e decadência	Sim	Não
26	RE 559943	Prescrição e decadência	Sim	Não
27	RE 353657	IPI	Sim	Em parte*
28	RE 370682	IPI	Sim	Em parte*
29	MC em ADI 3090	Comercialização de energia elétrica	Sim	Não
30	ED nos ED no RE 256588	Taxa de serviço de limpeza e de coleta de lixo	Sim	Não
31	MC em ADI 2251	Medida Provisória	Não	-----

* Nem todas as prognoses foram acompanhadas, no voto dos ministros, de documentos, estudos ou dados.

Antes de analisar a tabela, duas considerações são pertinentes. A primeira delas é referente a uma possível crítica que poderia ser endereçada à operacionalização da pesquisa e a segunda relativa ao preenchimento das variáveis presentes na tabela.

Inicialmente, deve-se afastar a possibilidade de que uma eventual consequência alegada por um ministro, embora não encontrasse suporte em seu voto, estivesse amparada em estudos, documentos ou dados trazidos pelas partes ao longo do processo. Isto porque, ainda que assim o fosse, simplesmente se identificaria um novo problema, já que dado o dever de os juízes fundamentarem suas decisões (art. 93, IX, Constituição Federal de 1988), indicando as razões do seu convencimento (art. 371 do Novo Código de Processo Civil), não poderiam os ministros alegar, genericamente, as consequências advindas das suas decisões sem fazer constar, expressamente, os estudos que lhes permitiram concluir pela possibilidade de que os resultados descritos não passassem de meras intuições e especulações.

Quanto às variáveis da tabela, partindo-se da conceituação do capítulo 2, verificou-se a presença ou ausência de argumentos consequencialistas no voto dos ministros. No tocante a documentos, estudos ou dados que pudessem servir de suporte para as prognoses, era necessário que os ministros indicassem um (i) documento/estudo/dado (ii) específico sobre o caso (iii) produzido por terceiro alheio ao processo, ainda que

a requerimento das partes ou em razão de determinação judicial. Este não é o caso, por exemplo, da citação de livro genérico sobre análise econômica do direito, como o fez no RE 405579 o ministro Gilmar Mendes. Em seu voto, o ministro cita o manual de Law and Economics de Cooter e Ulen para corroborar com a sua tese de que a oferta de produtos poderia impactar no equilíbrio de mercado e na inflação, algo considerado insuficiente para embasar uma prognose, já que a obra não trata especificamente sobre o tema em discussão. Em sentido oposto, foram consideradas reportagens de jornais que indicassem potenciais efeitos da decisão, como no RE 353657, no qual o ministro Marco Aurélio destaca um artigo de Míriam Leitão no qual a autora afirma que “decidir contra o recurso pode causar uma sangria absurda nos cofres públicos”.

Feitos esses esclarecimentos, em relação aos 25 casos em que houve a utilização de argumentos consequencialistas, somente em 5 fez-se referência a algum estudo, dado ou documento que pudesse embasar as prognoses feitas pelos ministros.

Portanto, a pesquisa mostra que, em 80% dos casos nos quais os ministros argumentaram a partir das consequências de alternativas de decisão, não houve qualquer prova que justificasse que a prognose fosse (i) possível, no sentido de ser uma decorrência da alternativa de decisão escolhida, ou (ii) provável, no sentido de que se escolhida a alternativa, haveria chances de a prognose ser realizada no mundo real.

Dessa forma, a hipótese de pesquisa é confirmada: a maior parte dos juízos prognósticos não são acompanhados de documentos, estudos ou dados capazes de lhes servir de suporte. Isto evidencia que grande parte das consequências que os ministros atribuem como sendo efeitos de suas decisões não vão além de meras intuições e suposições cuja concretização, no mundo real, talvez não seja certa ou mesmo possível.

Ainda que, em *hard cases*, a mera menção às fontes do direito não seja suficiente para a aceitação racional da decisão pela comunidade jurídica⁵⁴, não se pode conceder aos ministros uma carta branca para que, buscando os melhores efeitos de suas decisões, eles se eximam do seu dever de justificação das decisões. Dessa forma, a mera referência ao artigo 27 da Lei 9868/1999 não é motivação suficiente para justificar a modulação dos efeitos da decisão com base nas possíveis consequências positivas advindas da adoção de tal postura. Os ministros deveriam tornar explícitas as razões que lhe permitiram concluir pela adoção de uma determinada alternativa decisória.

Nesse sentido, a confirmação da hipótese é problemática porque coloca em dúvida até que ponto as decisões proferidas pelos ministros são racionalmente fundamentadas. Ao que tudo indica, nos julgamentos tributários nos quais se discutiu a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a argumentação com base em consequências parece dever ser rechaçada, já que, da forma como é operacionalizada pelos ministros, conduz a mais arbitrariedades, uma vez que não enfrenta as incertezas estruturais que afetam a dimensão descritiva de argumentações consequencialistas, do que propriamente a uma motivação racional preocupada com os efeitos da decisão no mundo prático.

Antes de se passar à análise crítica da jurisprudência do tribunal, vale a pena olhar mais a fundo os cinco casos em que as prognoses dos ministros não parecem ter sido fruto de meras intuições.

Nesse momento, é pertinente a introdução da Tabela 2, na qual se constata quais argumentos consequencialistas foram mais utilizados nas decisões envolvendo a modulação em julgamentos de Direito Tributário.

54 AARNIO, Aulis. *Essays on the Doctrinal Study of Law*. Heidelberg: Springer, 2011. p. 136.

Tabela 2^{55*}

Número	Casos	Qual argumento consequencialista?
12	ADI 4171, QO na ADI 4425, ED no RE 595838, ED no RE 569056, ED no RE 559937, RE 680089, ADI 4628, ADI 429, ADI 2669, RE 559937, RE 353657, RE 370682	Arrecadação/finanças
2	RE 559943, RE 370682	Enriquecimento ilícito
7	ADI 4171, QO na ADI 4425, ADI 4481, RE 630733, RE 363852, RE 353657, ED nos ED no RE 256588	Ação oportunística/ incentivo à adoção de comportamentos
4	QO na ADI 4425, ADI 429, RE 377457, RE 370682	Impacto no exercício de direito de terceiros
3	QO na ADI 4425, ADI 875, MC em ADI 3090	Promoção/preocupação com o diálogo institucional
12	RE 590809, ED no RE 569056, ED no RE 559937, RE 680089, ADI 4628, RE 630733, RE 559937, ADI 875, RE 363852, RE 559943, RE 353657, RE 370682	Aumento/existência de múltiplos litígios e morosidade do Judiciário
3	ADI 2669, RE 630733, RE 405579	Tratamento isonômico dos contribuintes/proteção da concorrência
2	RE 405579, RE 353657	Equilíbrio de mercado, consumo interno e inflação/efeitos sobre o capitalismo

Em relação à leitura das Tabelas 1 e 2, percebe-se que, nos cinco julgamentos nos quais as prognoses foram acompanhadas de documentos, os principais argumentos consequencialistas diziam respeito à arrecadação ou às finanças do Estado. Desses, em quatro buscava-se demonstrar a perda de arrecadação do Fisco caso se optasse pela decretação da nulidade *ex tunc* (ED no RE 595838, ED no RE 569056, RE 353657 e RE 370682). Em três os dados foram retirados da própria argumentação da Fazenda Nacional (ED no RE 595838, ED no RE 569056 e RE 370682). A modulação foi afastada nos dois embargos de declaração sob o argumento de que “[a] mera alegação de perda de arrecadação não é suficiente para comprovar a presença do excepcional interesse social”⁵⁶.

Analisando cada caso de maneira isolada, talvez não se vislumbre nenhum problema. As incongruências são reveladas quando se tenta compatibilizar as diferentes decisões do Supremo. Se a alegação de perda de arrecadação não é suficiente para modular a declaração da inconstitucionalidade quando se sabe, claramente, o prejuízo financeiro do Estado, seria de se imaginar que menores razões tivesse o tribunal para optar pela modulação quando os prejuízos fossem incertos e a prognose fosse descrita em termos meramente genéricos. No entanto, na ADI 4171, o tribunal decidiu, por maioria⁵⁷, vencido o ministro Marco Aurélio, pela modulação, já que a decisão “implicar[ia] sérias repercussões aos contribuintes e aos Estados-sedes das distribuidoras de combustíveis, que ter[iam] suas arrecadações diminuídas abruptamente”.

Em relação aos cinco julgamentos mencionados linhas acima em que foram apresentados suportes em-

55 * A preponderância de tipos específicos de argumentos consequencialistas não significa que outros não tenham sido utilizados.

56 Trecho retirado do voto do Ministro Dias Toffoli nos ED no RE 595838.

57 O ministro Dias Toffoli, relator dos ED no RE 595838 e ED no RE 569056, estava ausente no julgamento da ADI 4171.

píricos para as prognoses elaboradas pelos ministros, em apenas um (QO na ADI 4425) o argumento consequencialista preponderante era relativo às finanças do Estado.

O objeto da QO na ADI 4425 era a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Emenda Constitucional (EC) nº 62/09, que alterou a sistemática dos precatórios, concedendo um prazo de 15 anos para que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios realizassem os pagamentos. Um dos principais pontos de debate entre os ministros foi por quanto tempo dever-se-ia prolongar os efeitos da norma, dada a impossibilidade de os Estados cumprirem, imediatamente, a decisão judicial que declarara a inconstitucionalidade do regime.

O ministro Luís Roberto Barroso, em particular, ressaltou o fato de que, mesmo se tratando de uma emenda inconstitucional, seriam inegáveis os avanços por ela promovidos, já que “pela primeira vez, desde o início da vigência da Constituição de 88”, Estados e Municípios haveriam sido retirados da “inércia cômoda”, na qual de maneira reiterada descumpriam o pagamento de precatórios. O ministro ainda se demonstrou preocupado com a possibilidade de que, se não fossem mantidos os efeitos da norma inconstitucional por um período no tempo, os Estados passariam, novamente, a descumprir os precatórios. Daí a afirmação de Barroso:

o pior serviço que o Supremo Tribunal Federal poderia prestar ao País seria entregar de volta à sociedade, ou entregar de volta aos credores, uma situação de fato pior do que aquela que eles tinham com a Emenda Constitucional nº 62.

Se o Supremo já havia reconhecido que a moratória de 15 anos prevista na EC nº 62/09 era inconstitucional, mas igualmente a declaração de nulidade *ex tunc* poderia levar a uma inobservância ainda maior do ordenamento jurídico, questão de mais difícil resolução entre os ministros era por quantos anos os efeitos da norma deveriam ser estendidos. Nas palavras do ministro Gilmar Mendes:

[h]á uma grande responsabilidade na fixação apenas desse prazo, se é o caso, porque, se fosse de um ano ou de cinco anos, significa que, no próximo orçamento, o Estado terá de arcar com os custos normais dos precatórios mais o estoque para liquidá-los de uma só vez.

O cerne do problema poderia ser formulado nos seguintes termos: por quantos anos deveriam ser estendidos os efeitos da norma inconstitucional para que os Estados pudessem cumprir com os precatórios?

Aqui, evidenciam-se dois problemas distintos da argumentação consequencialista.

O primeiro se evidencia no voto do ministro Gilmar Mendes. No começo do julgamento, o ministro apresentou um estudo realizado pelo professor José Roberto Afonso, um dos responsáveis pela criação da Lei de Responsabilidade Fiscal, e por Gabriel Leal de Barros, ambos do Grupo de Gestores de Finanças Estaduais. O estudo apontava que 62% dos Estados teriam capacidade de pagar os precatórios em 15 anos, prazo estipulado na EC nº 62/09. Dos 38% restantes, porém, alguns sequer teriam condições de se adaptar ao novo regime instituído pela emenda. Inicialmente, essa informação demonstra que, mesmo que a inconstitucionalidade da norma não houvesse sido declarada, ainda assim, no mundo fático, vários estados não conseguiriam arcar com os seus débitos. Isto já é suficiente para por em dúvidas se o resultado esperado pela modulação, qual seja, o pagamento dos precatórios, teria como de fato ser alcançado.

O segundo problema pode ser percebido no voto do ministro Luís Roberto Barroso. No caso analisado, o ministro pareceu incorporar, em alguma medida, o estudo apresentado por Gilmar Mendes, ao entender que a mera redução do prazo de moratória não seria suficiente para estimular o pagamento dos precatórios. O ministro deu um passo seguinte, concluindo pela necessidade de adoção de outras medidas que pudessem viabilizar o pagamento dos precatórios por parte dos Estados.

Uma das principais propostas do ministro, nesse contexto, foi o aumento do grau de comprometimento da receita corrente líquida dos Estados, a ser feita com base na “percepção geral” de que “o máximo de vinculação possível é 3%”. Em relação à impossibilidade de pagamento dos precatórios em 15 anos, evidencia-

da na pesquisa do Grupo de Gestores de Finanças Estaduais (GEFIN), Barroso concluiu pela necessidade de mecanismos alternativos. Inexiste qualquer informação no sentido de que o comprometimento forçado de 3% da receita corrente líquida dos Estados incentivará os Estados a arcarem com as suas dívidas. A decisão do ministro é problemática porque (i) não encontra suporte no estudo do GEFIN, (ii) a “percepção geral” pode ser equivocada e (iii) o fato de o Município de São Paulo, “o principal devedor do país”, dizer “que os 3% são compatíveis com a sua receita corrente líquida e com as suas outras obrigações” não significa necessariamente a compatibilidade dessa mesma porcentagem com a receita corrente líquida de todos os outros Estados e Municípios do país e do Distrito Federal. Assim, de forma abstrata, poder-se-ia descrever o problema da argumentação do ministro como um relativo à utilização inconsistente de provas, na qual um estudo inicialmente feito para a prognose P, é utilizado para a criação e sustentação de uma prognose P’.

Todos os cinco julgamentos em que se verificou a existência de dados embasando as prognoses elaboradas pelos ministros revelam, em certa medida, as incongruências de argumentações com base em consequências quando realizadas no STF. Na resolução de um caso específico, como na QO na ADI 4425, o estudo apresentado, se levado a sério, colocaria em xeque não somente os efeitos esperados da modulação, como também a qualidade da regra criada pelo STF⁵⁸. Em uma perspectiva dinâmica, vê-se que o Tribunal não fornece critérios mínimos que permitam determinar quais consequências serão levadas em consideração. A existência de pesquisa, dados e estudos, os quais teoricamente serviriam de suporte para prognoses indicando a probabilidade de elas de fato virem a se materializar, parece ser irrelevante, já que o STF não modulou casos em que haviam fortes indícios corroborando os efeitos de suas decisões e modulou outros em que as consequências eram incertas e duvidosas.

4.2. Análise crítica

Nesta seção, analisa-se, criticamente, a utilização de argumentos consequencialistas na jurisprudência do Supremo. A partir da descrição realizada, defende-se que esse tipo de argumentação deveria ser evitado pelos ministros, ante a existência de deficiências epistêmicas que comprometem o uso de consequências para a determinação de decisões.

Os dados analisados corroboram a tese de deficit epistêmico ao revelarem que (i) os ministros têm dificuldade de, a partir da consideração de casos diferentes, tratar o mesmo tipo de argumento consequencialista de forma uniforme, sendo tal fato evidenciado pelo tratamento diverso de prognoses idênticas a depender do caso submetido à análise do Tribunal; e (ii) os ministros elaboram prognoses e criam cadeias de consequências sem que haja qualquer prova ou presunção legal indicando a possibilidade de sua realização. Cada um desses pontos será abordado de maneira mais detalhada a seguir.

4.2.1. Tratamento diverso a tipos idênticos de consequência

Em uma perspectiva dinâmica, a dificuldade de os ministros abordarem as consequências de forma uniforme é evidente principalmente nos julgamentos envolvendo a utilização de argumentos consequencialistas relativos ao aumento de litígios nas hipóteses de afastamento da modulação dos efeitos temporais da decisão. Nesse sentido, é interessante comparar as decisões proferidas nos ED no RE 569056 e no RE 680089 com aquela da QO na ADI 4425.

58 O ministro Marco Aurélio votou vencido contra a modulação, criticando o posicionamento dos demais por atuarem, na sua visão, como legisladores positivos. “Vossa Excelência me permite? A meu ver, com a devida vênua, há dois aspectos que consubstanciam, sob minha óptica, obstáculo intransponível: o primeiro é que não podemos atuar como legisladores positivos, muito menos para alterar a Carta da República. O segundo é que precatório está jungido a orçamento, e, portanto, deve ser liquidado conforme a força do orçamento, e não de depósitos judiciais que estão fora da esfera do Estado, propriamente dito, em termos de disponibilidade, já que são feitos e vinculados a certa relação jurídica processual.” (trecho da manifestação do ministro Marco Aurélio na QO na ADI 4425, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 25/03/2015, DJe 03/08/2015).

Nos ED no RE 569056, demandava-se a modulação temporal da decisão que reconheceria a competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias relativas exclusivamente ao objeto da condenação constante das suas sentenças. Contra a alegação da Fazenda Nacional de que a declaração de improcedência dos embargos levaria a um aumento dos litígios judiciais, o ministro Dias Toffoli declarou que esta não passaria de “meras suposições”. A modulação foi, então, afastada por unanimidade pelo Tribunal.

Em linha semelhante, o argumento do aumento do número de demandas no Judiciário como causa suficiente para ensejar a modulação foi afastado no RE 680089:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A modulação, a essa altura, apenas causará problemas, implicações inúmeras.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu não sei, eu tenho a impressão de que se nós formos claros e dissermos que a declaração de inconstitucionalidade, ela tem a sua validade a partir da liminar, respeitadas as ações em curso, resolvemos vários problemas, e evitamos inúmeros outros.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O advogado do Pará? Procurador? Vossa Excelência quer...

O SENHOR JOSÉ ALOÍSIO CAMPOS (PROCURADOR DO ESTADO DO PARÁ) - Só acrescentar que isso vai trazer uma multiplicidade de demandas, ainda essas que estão em curso vão progredir, e de forma multifacetada, em vinte Unidades da Federação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu tenho a impressão que o Pará tem um bom corpo de procuradores e saberá dar conta dessas ações.

Ao contrário dos embargos acima, o ministro Lewandowski não questionou os efeitos que a decisão produziria no tocante à multiplicidade de demandas. Em sentido oposto, ele parece ter reconhecido, implicitamente, que a prognose levantada pelo Procurador do Estado pudesse de fato ocorrer. Assim, o argumento consequencialista foi rechaçado não por falta de evidência, mas com base na crença de que os procuradores paraenses teriam condições suficientes para “dar conta dessas ações”. Essa afirmação é, no entanto, ela própria, de difícil comprovação, já que se refere à qualidade dos procuradores do Estado, o que, se levado a sério, demandaria dados mínimos que comprovassem o seu desempenho eficiente. Tais dados, no entanto, demandam a produção de um tipo de prova diverso daquele requerido para a comprovação de prognoses, já que dizem respeito a fatos passados e não à descrição de eventos futuros.

Se se pretende interpretar a afirmação do ministro de maneira mais branda, a questão que se coloca é por que no caso dos embargos haveria a necessidade de que a Fazenda Nacional comprovasse que os litígios não seriam fruto de meras intuições, enquanto no RE 680089 a afirmação do Procurador do Estado do Pará não é questionada por nenhum ministro presente no julgamento.

As incongruências ficam mais nítidas quando se comparam as posturas adotadas pelos ministros nos julgamentos acima com o posicionamento do ministro Luís Roberto Barroso na QO na ADI 4425, mesmo caso exposto na seção 3.1 deste trabalho.

Dentre os diversos argumentos do ministro para justificar a modulação, vê-se sua preocupação com a “renovação da litigiosidade independentemente da iniciativa das partes”. Implícita nessa frase está a tentativa de reduzir o número de ações que, possivelmente, resultariam da decisão caso não se optasse pela modulação dos efeitos.

A inconsistência dos julgados reside no fato de que nos ED no RE 569056 o argumento de aumento de litígios é afastado por falta de provas; no RE 680089, o argumento é assumido como consequência provável da decisão, sendo, no entanto, afastado pela crença de que os procuradores saberiam lidar com essas demandas; e na QO na ADI 4425, o mesmo argumento consequencialista é apresentado pelo próprio ministro, sem qualquer prova, servindo de justificativa para a modulação.

O problema reside no fato de que a mesma consequência (aumento de litígios) é abordada de forma totalmente diversa nos três casos, sem que haja qualquer segurança ao contribuinte de qual será o seu peso no resultado final da decisão. Além de colocar em xeque a noção de que as decisões decorrem do ordenamento jurídico e não constituem meras arbitrariedades do aplicador da lei, os julgamentos revelam a incapacidade dos ministros de lidar de forma uniforme com o mesmo tipo de argumentos consequencialistas em casos diversos, indicando uma limitação cognitiva para a justificação racional das decisões com base em consequências.

4.2.2. Prognoses e cadeias de consequência sem provas

A tese de deficit epistêmico também é corroborada por um segundo problema identificado a partir dos dados analisados, qual seja, os ministros elaboram prognoses ou criam cadeias de consequências sem que haja qualquer prova ou presunção legal indicando que sua ocorrência decorre da alternativa decisória adotada. Esse ponto é particularmente evidente no RE 405579, no qual o ministro Gilmar Mendes argumentou com base nas consequências das consequências que adviriam da declaração de nulidade *ex tunc* (A1 → C1 → [...] → Cn) e na ADI 875, na qual cada ministro pareceu se preocupar com uma consequência específica decorrente da concessão de um prazo maior de prolongamento dos efeitos da decisão. Veja-se cada um dos referidos julgados de forma mais detalhada.

No RE 405579, o Supremo Tribunal Federal teve que decidir se o benefício de 40% de redução de alíquota do Imposto de Importação, concedido a empresas montadoras e fabricantes de veículos, poderia ser estendido, com base na isonomia, a uma empresa que, embora importasse pneus, não os produzia. A Fazenda Nacional teve o seu recurso, por maioria, julgado procedente, dentre outras justificativas porque não caberia ao STF “acrescentar exemplos à lei sob o argumento do princípio da isonomia”⁵⁹.

O ministro Gilmar Mendes, embora vencido, defendia a extensão do benefício para preservar “os estímulos aos investimentos e à produção, pelo menos até que o legislador elabore novas regras para disciplinar a matéria”⁶⁰. Segundo o ministro, se o entendimento da Fazenda Nacional prevalecesse, as montadoras e fabricantes de veículos teriam uma vantagem competitiva no mercado em relação aos seus concorrentes que não preenchessem os requisitos legais necessários para aferição do benefício fiscal.

De acordo com o ministro Gilmar Mendes, a declaração de nulidade *ex tunc* não seria a melhor solução para o caso, pois além de resultar na extirpação do benefício fiscal do ordenamento jurídico, desencadearia uma série de consequências negativas:

A declaração de nulidade total da referida expressão, com eficácia *ex tunc*, **resultará, invariavelmente**, em distorção do sistema do imposto de importação concebido para a produção de veículos e do estímulo pretendido à indústria automobilística.

Ademais, tal distorção repercute na oferta dos produtos no mercado de reposição, com impacto relevante no equilíbrio do mercado, no consumo interno e na inflação (cf. COOTER e ULEN. *Law and Economics*. 5ª ed. Boston: Pearson: 2007, p. 32 e ss.)⁶¹ (grifo nosso)

Antes de se avançar no argumento, é pertinente destacar que citação do manual de análise econômica de Cooter e Ulen no voto de Gilmar Mendes não apresenta nenhuma relação direta com o tema objeto de discussão no julgamento. As páginas citadas tratam, genericamente, do equilíbrio do mercado, abordando questões que vão desde o equilíbrio em indústrias perfeitamente competitivas até o equilíbrio em mercados monopolísticos e a capacidade de imposição de preço nesses últimos⁶².

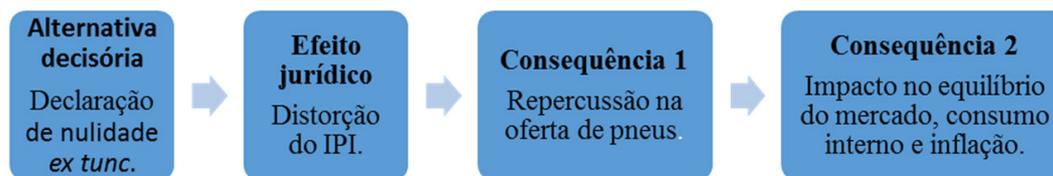
59 STF, Tribunal Pleno, RE 405579, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 01/12/2010, DJe 03/08/2011.

60 Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes. STF, Tribunal Pleno, RE 405579, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 01/12/2010, DJe 03/08/2011.

61 Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes. STF, Tribunal Pleno, RE 405579, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 01/12/2010, DJe 03/08/2011.

62 COOTER Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 5. ed. Boston: Pearson: 2007. p. 32.

O argumento consequencialista do ministro Gilmar Mendes pode ser descrito esquematicamente da seguinte forma:



Mais uma vez, o problema da argumentação consequencialista foi a falta de evidências empíricas capazes de corroborar a tese de que necessariamente, da declaração de nulidade *ex tunc*, decorreriam todas as consequências elencadas pelo ministro. A questão é particularmente interessante porque Gilmar Mendes usa a expressão “resultará, invariavelmente” sem, no entanto, apresentar um dado sequer que confirme a ocorrência dos eventos, ou pelo menos, a alta probabilidade destes. Não há qualquer evidência que permita concluir que da declaração de nulidade *ex tunc* decorrerá um “impacto relevante no equilíbrio do mercado, no consumo interno e na inflação”⁶³. Se, de um lado, o ministro não tem como provar a cadeia de consequências, de outro, também faltam recursos aos demais ministros para provar a sua não ocorrência.

O perigo da elaboração de cadeias de consequências visando à defesa de uma alternativa decisória específica, como fez o ministro Gilmar Mendes, é, ao fim, um problema relativo à utilização do consequencialismo militante⁶⁴, no qual, dada a proibição de *non liquet* (art. 126 do Código de Processo Civil), a autoridade judicante competente soluciona a controvérsia com base no seu subjetivismo. Nesses casos, o contribuinte é colocado, novamente, numa posição de dúvida quanto à existência de uma decisão racionalmente fundamentada, decorrente do ordenamento jurídico e não do decisionismo arbitrário daquele a quem incumbe resolver o conflito.

Passa-se agora à análise da ADI 875⁶⁵. Nesse julgamento, discutiu-se a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei Complementar nº 62/1989 relativos ao cálculo, entrega e controle de recursos dos Fundos de Participação dos Estados à luz do art. 161, II, da Constituição Federal de 1988. O dispositivo determina caber à lei complementar estabelecer normas sobre os critérios de rateio dos fundos, objetivando a promoção do equilíbrio socioeconômico entre Estados.

O Tribunal, por maioria, julgou a ADI procedente, por entender pela omissão estatal inconstitucional no tocante à elaboração de uma lei capaz de promover o equilíbrio socioeconômico entre os Estados. O STF, porém, optou pela modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade já que a “imediate supressão da ordem jurídica [da Lei Complementar nº 62/1989] representaria incomensurável prejuízo ao interesse público e à economia dos Estados”⁶⁶. Segundo o Tribunal, ainda que a Lei Complementar não estivesse cumprindo, adequadamente, o seu papel para a promoção do equilíbrio socioeconômico entre os Estados, a declaração de nulidade *ex tunc* resultaria em um vácuo legislativo que, comparativamente, efetivaria em menor medida a ordem constitucional, já que inexistiria qualquer critério para o repasse de recursos aos Estados.

Assim, a discussão que se colocou foi por quanto tempo a norma inconstitucional deveria continuar a produzir seus efeitos, de forma que fosse dado ao Congresso tempo suficiente para a elaboração de uma nova lei complementar capaz de cumprir com as exigências constitucionais. Para o ministro Cezar Peluso,

63 Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes. STF, Tribunal Pleno, RE 405579, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 01/12/2010, DJe 03/08/2011.

64 SCHUARTZ, Luis Fernando. *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem*. p. 31. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1724/CONSEQUENCIALISMO;jsessionid=1D7FD074152F03813EF80E88526D7381sequence=1>>. Acesso em: 7 set. 2015.

65 O STF conheceu a ação por entender pela fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão.

66 Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes, STF, Tribunal Pleno, ADI 875, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 24/02/2010, DJe 29/04/2010.

deveria ficar claro na decisão que, após o transcurso do prazo de 24 meses, a lei ficaria sem nenhum efeito, pois assim seria criada uma pressão política para a elaboração de uma nova lei complementar e, por outro lado, também se evitaria que fossem geradas consequências econômicas negativas para os Estados no curto prazo. O ministro Ricardo Lewandowski propôs a extensão do prazo para 36 meses⁶⁷:

[...]. Não quero insistir nisso, mas entendo que é um ano eleitoral e esse ano está praticamente perdido em termos legislativos. Penso que seria de melhor alvitre que fixássemos o prazo de trinta e seis meses, até porque é uma matéria técnica, depende de estudos.

Tanto o ministro Peluso quanto o ministro Lewandowski defenderam o prazo no qual a norma inconstitucional deveria continuar a produzir seus efeitos com base em argumentos consequentialistas. Para o primeiro, um prazo menor exerceria pressão política sobre o Poder Legislativo, criando incentivos para a elaboração imediata de uma nova lei. Para Lewandowski, o prazo adequado seria de 36 meses, possibilitando a elaboração de estudos que pudessem determinar qual seria o percentual correto a que cada estado faria jus no novo regime de partilha dos recursos do Fundo de Participação dos Estados. Em que pese todas essas considerações, os efeitos da norma foram mantidos até 31 de dezembro de 2012, para não se “quebrar o ano fiscal”. Assim, o prazo escolhido acabou sendo de 35 meses contados da data do julgamento no STF.

A argumentação do ministro Peluso não era, necessariamente, incompatível com a do ministro Lewandowski. Assim como o prazo de 24 meses talvez pudesse ter incentivado o Legislativo a apresentar uma resposta mais ágil à decisão do STF, a demora para elaboração da nova lei complementar⁶⁸ e o fato de ela ser hoje alvo de questionamento no controle concentrado talvez indiquem a dificuldade de fixação de novos critérios para a distribuição de recursos entre os Estados e a necessidade de que a decisão do Tribunal tivesse de fato se preocupado com a concessão de um prazo suficiente que permitisse ao Legislativo elaborar novos estudos técnicos. Dessa forma, o que se pretende deixar claro não é a divergência entre os ministros, mas sim o fato de que ambos criaram prognoses sem qualquer evidência que as sustentasse: da redução do prazo poderia não decorrer uma resposta mais ágil, do mesmo modo como da sua extensão não resultaria necessariamente a elaboração de novos estudos — talvez estes pudessem ser feitos em tempo inferior ou ainda demandassem mais de 36 meses.

Esse caso evidencia problemas de incerteza⁶⁹ e de racionalidade limitada⁷⁰ que afetam os ministros e que, por causa disso, talvez, indiquem que o uso de argumentos consequentialistas deveria ser evitado na tomada de decisão. Em relação aos problemas de incerteza, é difícil ou praticamente impossível demonstrar a tempo e custos razoáveis a responsividade do Legislativo à decisão do Judiciário, avaliando-se hipotética e comparativamente a qualidade da norma elaborada no caso de concessão do prazo de 24 meses em relação à de 36 meses. Inclusive, poder-se-ia falar mesmo na impossibilidade de determinação da probabilidade de ocorrência da resposta do Legislativo, já que as interações entre os Poderes tendem a ser complexas e com-

67 O ministro Joaquim Barbosa sugeriu a prorrogação dos efeitos da norma pelo prazo de 30 meses sem, no entanto, apresentar quais seriam os ganhos de se fazer essa opção. Sua argumentação focava no fato de que por se tratar de ano eleitoral, “nada mais acontecer[ia] nessa seara”.

68 A nova lei complementar (Lei Complementar nº 143/2013) somente foi editada em 18 de julho de 2013, quase 7 meses após o decurso do prazo fixado pelo Supremo Tribunal Federal. Em 25 de novembro de 2013, porém, ela se tornou objeto da ADI 5069 no Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de que haveria apenas estendido, até o fim de 2015, a vigência dos coeficientes individuais declarados inconstitucionais pelo STF e os transformando em piso para repasses a partir do ano de 2016. CORREIA NETO, Celso de Barros. Supremo julgará novamente os critérios de partilha do FPE. *Revista Consultor Jurídico*, 15 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-15/observatorio-constitucional-stf-julgara-novamente-criterios-partilha-fpe>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

69 Em casos de incerteza não se tem informações suficientes para determinação da probabilidade de a consequência de fato se materializar. VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006. p. 171.

70 Racionalidade limitada é entendida em sentido lato, dizendo respeito à capacidade limitada de agentes reais entenderem e processarem informações. VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006. p. 155.

postas por variáveis inúmeras e de difícil averiguação⁷¹.

Quanto aos problemas de racionalidade limitada, o caso evidencia as limitações cognitivas dos ministros, uma vez que eles buscaram reduzir a uma única consequência (responsividade do Legislativo ou elaboração de estudos) todos os possíveis efeitos de sua decisão. Isto ressalta a incapacidade de os ministros processarem variáveis interrelacionadas — seria possível, por exemplo, imaginar a elaboração de uma argumentação consequencialista preocupada simultaneamente com a qualidade da norma elaborada com base em estudos técnicos e com o tempo de reação do Legislativo à decisão do Supremo Tribunal Federal.

O perigo da elaboração de prognoses sem qualquer estudo ou evidência capaz de lhes servir de suporte num cenário de incerteza e no qual os ministros apresentam racionalidade limitada para lidar com esse tipo de argumentação conduz, assim como a questão da elaboração de cadeias de consequências descrita acima, à utilização do consequencialismo militante. O problema reside nos enormes riscos da transformação da decisão dos ministros em um decisionismo arbitrário dada a impossibilidade de se comprovar a ocorrência das consequências respectivas à cada alternativa decisória.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no exposto, tem-se que a argumentação consequencialista realizada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em julgamentos de direito tributário pode ser considerada problemática por duas razões distintas. A primeira delas é relativa a uma limitação necessária da argumentação preocupada com os efeitos práticos da decisão. Ela diz respeito à incerteza inerente à atribuição de consequências para cada alternativa decisória e à limitação racional dos ministros para trabalharem com diversas variáveis bem como analisarem provas complexas. A segunda limitação é contingente e é evidenciada pelos dados empíricos coletados. Trata-se do fato de que os juízos de prognose realizados pelos ministros não são acompanhados de estudos que demonstrem a sua ocorrência. Essas duas limitações, talvez, indiquem que a melhor postura a ser adotada pelos ministros é, em relação às provas⁷² e estudos apresentados pela parte, uma de deferência, enquanto, em relação à sua própria argumentação, uma que procure evitar o uso de consequências não demonstradas ao longo do processo⁷³.

Se inexistisse evidência demonstrando que os ministros têm capacidades epistêmicas melhores do que a de um indivíduo qualquer para atribuir probabilidades a eventos que podem ou não ocorrer no futuro⁷⁴,

71 VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006. p.154-155.

72 O tema de provas é complexo. No nível mais abstrato da discussão, dado que as prognoses devem decorrer da alternativa decisória, é possível discutir até que ponto os ministros deveriam basear sua decisão na probabilidade do evento se materializar (e.g., uma prognose cuja chance de ocorrência é de 1% deveria ser igualmente relevante para a resolução do caso como uma cuja chance de ocorrência é de 99%?). Essa escolha pode depender de uma valoração moral (PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Preface by Jaap C. Hage. *Law and Philosophy Library*, Sweden: Springer, v. 8, p. 20, 2008) que talvez devesse ser feita por representantes eleitos e não por juízes. É possível se defender, ademais, que o uso de provas deveria atender aos objetivos e propósitos do direito, de forma tal que mesmo as provas não necessariamente boas em termos científicos poderiam ser aceitas no direito. (SCHAUER, Frederick. Can Bad Science Be Good Evidence: Lie Detection, Neuroscience, and the Mistaken Conflation of Legal and Scientific Norms. *Cornell Law Review*, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper, n. 14, ago. 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1448744>>. Acesso em: 30 nov. 2015). Para a defesa de uma abordagem das provas no direito em certa medida diferente à problematização científica, ver SCHUARTZ, Luis Fernando. *Interdisciplinariedade e Adjudicação: Caminhos e Descaminhos da Ciência no Direito*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2174/1pID%20008%20%20Schuartz%20%20Interdisciplinariedade%20e%20adjudica%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

73 Também poderia se permitir o uso de consequências pelos ministros, ainda que não provadas no processo, quando o próprio ordenamento jurídico, através do estabelecimento de uma presunção, tomasse como verdadeira a ocorrência da prognose. Nesses casos, o ônus da prova seria invertido, cabendo àquele que pretende afastar a presunção provar a não ocorrência da prognose (VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006. p.170).

74 VERMEULE, Adrian. *Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law)*. *Harvard Public Law Working Paper*, Harvard Law

então a adoção de uma postura deferente aos dados e estudos apresentados pelas partes, talvez, seja a mais adequada se o que se pretende é evitar o decisionismo arbitrário do intérprete. Isto porque, dessa forma, a atribuição de consequências às alternativas decisórias não será fruto de meras intuições dos ministros, mas resultado de trabalhos elaborados por pessoas que supostamente tem a capacidade de avaliar os efeitos da decisão e, portanto, tem melhores condições de fazer as prognoses. Nesse sentido, no julgamento do RE 559937, por exemplo, o ministro Dias Toffoli agiu de maneira adequada ao determinar que a questão da modulação deveria ser discutida com base em dados concretos, em sede de embargos de declaração, ante a falta de elementos para a sua avaliação durante o julgamento do recurso extraordinário.

Caso as partes não apresentem qualquer evidência demonstrando a possibilidade de ocorrência de uma consequência e, ainda assim, o ministro pretenda se valer desta na sua argumentação, poderia ele convocar um perito ou uma comissão de peritos, cujo fim seria precisamente comprovar os efeitos da decisão⁷⁵. A hipótese não é absurda, havendo previsão no art. 9º, §1º, da Lei 9.868/1999.

Por fim, nos casos em que, ao final do processo, não se verifica a existência de qualquer evidência capaz de demonstrar que a prognose pode decorrer da decisão do ministro, o uso de argumentos consequencialistas deveria ser evitado como justificativa para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em julgamentos de direito tributário. Isso porque, ainda que seja verdade que “a maioria significativa dos casos será resolvida sob condições (mais ou menos radicais) de subdeterminação jurídica”⁷⁶, daí não se segue a possibilidade de concessão de ampla margem de discricionariedade aos ministros para que eles imaginem e especulem acerca de todos os possíveis efeitos da sua decisão. Admitir isto seria permitir que, em cenários de incerteza e de limitações cognitivas dos agentes, os julgamentos pudessem ser resolvidos de forma arbitrária, colocando-se não apenas o contribuinte, mas também a Fazenda, em uma posição de dúvida quanto a quais são as regras que realmente guiam o processo de tomada de decisão.

O problema se tornaria ainda mais grave se os ministros, a pretexto de evitarem resultados absurdos advindos da sua decisão, se vissem na obrigação de adotar uma solução capaz de “corrigir” esses efeitos negativos⁷⁷. Nesses casos, é possível pensar que, na ausência de qualquer evidência para sustentar a elaboração das prognoses, ter-se-ia a prevalência de meras opiniões dos ministros as quais poderiam, ao final, produzir consequências mais danosas do que aquelas que se buscou primeiramente evitar⁷⁸. Assim, há fortes argumentos para se evitar o uso do consequencialismo judicial quando as prognoses não são confirmadas até o final do processo⁷⁹.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. *Essays on the Doctrinal Study of Law*. Heidelberg: Springer, 2011.

School, n. 13-24, p. 4, mar. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2239155>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

75 Não se ignoram os custos que a convocação de perito ou da comissão de peritos poderia gerar para o processo. A título meramente exemplificativo tem-se, além dos custos de transação para a escolha e contratação dos peritos, os custos relacionados ao aumento do tempo necessário para a resolução do caso. Sobre a aplicação desse dispositivo para lidar com problemas de antecipação de efeitos decisórios no julgamento dos chamados “planos econômicos”, v. LEAL, Fernando. *Os impactos dos planos econômicos e a encruzilhada do Supremo*. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/supra/os-impactos-dos-planos-economicos-e-encruzilhada-supremo-15082016>>. Acesso em: 24 maio 2017.

76 FALCÃO NETO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, v. 243, p. 97, 2006.

77 SUNSTEIN, Cass S.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 04, p. 915, 2003.

78 SUNSTEIN, Cass S.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 04, p. 915, 2003.

79 O presente trabalho não lida com mecanismos que poderiam reduzir os custos associados a uma tomada de decisão num cenário de incerteza e risco. Sobre o tema, ver VERMEULE, Adrian. Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law). *Harvard Public Law Working Paper*, Harvard Law School, n. 13-24, mar. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2239155>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

- AARNIO, Aulis. Introduction. In: PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Preface by Jaap C. Hage. *Law and Philosophy Library*, Sweden: Springer, v. 8, 2008.
- ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. *Revista CEJ*, Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, v. 7, 1998.
- ARGUELHES, Diego Werneck. Argumentação Consequencialista e Estado de Direito: Subsídios para uma compatibilização. In: XIV Encontro Nacional do CONPEDI, 2005, Fortaleza. *Anais do XIV Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005.
- ARGUELHES, Diego; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- ÁVILA, Humberto. A justificação das decisões judiciais. In: *Seminário Teoria da Decisão Judicial*, 23, 24 e 25 de abril de 2014, Brasília, DF. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Coordenação Científica: Ricardo Villas-Bôas Cueva. Brasília: CJF, 2014. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Codi/serie-cadernos/serie-caderno-30>>. Acesso em: 27 set. 2015.
- ÁVILA, Humberto. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, jan./fev./mar. 2010.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011.
- COOTER Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 5. ed. Boston: Pearson: 2007.
- CORREIA NETO, Celso de Barros. Supremo julgará novamente os critérios de partilha do FPE. *Revista Consultor Jurídico*, 15 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-15/observatorio-constitucional-stf-julgara-novamente-criterios-partilha-fpe>>. Acesso em: 26 nov. 2015.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.
- FALCÃO NETO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, v. 243, 2006.
- GRAETZ, Michael J.; SCHENK, Deborah. *Federal Income Taxation: principles and Policies*. 7. ed. St. Paul: Foundation Press, 2013.
- HART, H. L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- HOLMES, Oliver; BURTON David. *Progressive Masks: Letters of Oliver Wendell Holmes, Jr., and Franklin Ford*. Newark: University of Delaware Press, 1982.
- LEAL, Fernando. Os impactos dos planos econômicos e a encruzilhada do Supremo. Disponível em: <<https://>

- jota.info/colunas/supra/os-impactos-dos-planos-economicos-e-encruzilhada-supremo-15082016>. Acesso em: 24 maio 2017.
- LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens*. Baden-Baden: Nomos, 2014.
- LIPSEY, R. G.; LANCASTER, Kelvin. The General Theory of Second Best. *The Review of Economic Studies*, v. 24, n. 01, 1956-1957.
- LUHMANN, Niklas. Selbstreferenz und Teleologie in gesellschaftstheoretischer Perspektive. *Neue Hefte für Philosophie*, Göttingen, v. 20, 1981.
- LUHMANN, Niklas. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*: Clarendon Law Series. Oxford: Oxford University Press, 1978.
- MACCORMICK, Neil. On Legal Decisions and their Consequences: from Dewey to Dworkin. *New York University Law Review*, v. 58, n. 2, maio 1983.
- MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning (Law, State and Practical Reason)*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci de (Org). *Justiça em foco: estudos empíricos*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.
- OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi! *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito (UFPE)*, v. 13, 2003. Disponível em: <https://www.uniceub.br/media/180293/Texto_IX.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2015.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/20734/brasil-sozinho-tem-mais-faculdades-de-direito-que-todos-os-paises>>. Acesso em: 4 nov. 2015.
- PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, Rio de Janeiro, v. 262, jan./abr. 2013.
- PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Preface by Jaap C. Hage. *Law and Philosophy Library*, Sweden: Springer, v. 8, 2008.
- PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2011.
- POSCHER, Ralf. The Principles Theory. How many theories and what is their merit? In: KLATT, Matthias. *Institutionalizing Reason: Perspectives on the Legal Philosophy of Robert Alexy*. New York: Oxford University Press, 2009.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de. A Modulação no Controle de Constitucionalidade de Novos Tributos. *Revista Consultor Jurídico*, 10 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-10/eurico-santi-modulacao-supremo-criacao-tributo>>. Acesso em: 18 set. 2015.
- SCHAUER, Frederick. Can Bad Science Be Good Evidence: Lie Detection, Neuroscience, and the Mistaken Conflation of Legal and Scientific Norms. *Cornell Law Review*, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper, n. 14, ago. 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1448744>>. Acesso em: 30 nov. 2015.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem*. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1724/CONSEQUENCIALISMO;jsessionid=1D7FD074152F03813EF80E88526D7381sequence=1>>. Acesso em: 7 set. 2015.

SCHUARTZ, Luis Fernando. *Interdisciplinariedade e Adjudicação: Caminhos e Descaminhos da Ciência no Direito*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2174/TpD%20008%20%20Schuartz%20%20Interdisciplinariedade%20e%20adjudica%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT. Second-order decisions. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 57, 1998.

SUNSTEIN, Cass S.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 04, p. 915, 2003.

SUNSTEIN, Cass S.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 04, 2003.

VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

VERMEULE, Adrian. Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law). *Harvard Public Law Working Paper*, Harvard Law School, n. 13-24, mar. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2239155>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

VERMEULE, Adrian. Three Strategies of Interpretation. *San Diego Law Review*, n. 42, p. 607-628, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 8, p. 441-464, jul./dez. 2008.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo

Judicialization of health: the dignity of the human person and the acting of the Supreme Federal Court in the case of high cost medicines

Fabricio Veiga Costa

Ivan Dias da Motta

Dalvaney Aparecida de Araújo

Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo*

Judicialization of health: the dignity of the human person and the acting of the Supreme Federal Court in the case of high cost medicines

Fabricio Veiga Costa**

Ivan Dias da Motta***

Dalvaney Aparecida de Araújo****

RESUMO

O objetivo da pesquisa é investigar o fenômeno da judicialização do direito à saúde, no que atine especificamente aos medicamentos de alto custo. Para isso, analisou-se a atuação dos Supremo Tribunal Federal e os critérios hermenêuticos utilizados no julgamento dos casos a ele apresentados, averiguando sua pertinência com o princípio da dignidade da pessoa humana. O artigo científico propõe o debate de tema relevante sob o ponto de vista teórico e prático, haja vista a necessidade de esclarecimento jurídico dos critérios hermenêuticos utilizados para o reconhecimento do direito fundamental à saúde. A originalidade do tema decorre dos apontamentos críticos do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, e dos parâmetros hermenêuticos adotados nas decisões já proferidas. O impacto social pretendido com a pesquisa consiste em garantir a implementação da política pública de medicamentos de alto custo, via atuação jurisdicional, para assegurar a dignidade humana dos pacientes. A presente pesquisa problematiza o tema mas deixa evidente suas limitações, com a intenção de propor novos questionamentos para futuras investigações, especificamente no que tange ao debate de possível colisão entre direitos fundamentais individuais e coletivos. Por meio da pesquisa teórico-bibliográfica e documental, foi possível construir análises temáticas, teóricas, interpretativas e comparativas, que permitiram uma abordagem crítico-epistemológica do tema proposto. Ao final, concluiu-se que a interpretação extensivo-democrática do direito fundamental à saúde garante aos pacientes o acesso aos medicamentos de alto custo, com fundamento na dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Judicialização. Medicamento de Alto Custo. Saúde. Dignidade da Pessoa Humana. Supremo Tribunal Federal.

* Recebido em 24/09/2017
Aprovado em 22/10/2017

** Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Pós-Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; Doutorado e Mestrado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas (PUCMinas); Especialista em Direito Processual, Direito de Família e Direito Educacional pela PUCMinas; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Email: fvcufu@uol.com.br

*** Professor da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da UNICESUMAR. Mestrado em Direito das Relações Sociais e Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Email: ivan.iddm@gmail.com

**** Mestrando em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Email: dalvaneyx@gmail.com

ABSTRACT

The objective of the research is to investigate the phenomenon of the judicialization of the right to health, in what specifically refers to high cost drugs. For that, the Federal Supreme Court and the hermeneutical criteria used in the trial of the cases submitted to it were analyzed, ascertaining its relevance to the principle of the dignity of the human person. The scientific article proposes the discussion of a relevant topic from a theoretical and practical point of view, given the need for legal clarification of the hermeneutical criteria used for the recognition of the fundamental right to health. The originality of the theme stems from the critical points of the current position of the Federal Supreme Court and the hermeneutical parameters adopted in the decisions already handed down. The social impact sought with the research is to ensure the implementation of the public policy of high cost drugs, through judicial action, to ensure the human dignity of patients. The present research problematizes the theme but leaves its limitations evident, with the intention of proposing new questions for future investigations, specifically regarding the debate of possible collision between individual and collective fundamental rights. Through the theoretical-bibliographic and documentary research, it was possible to construct thematic, theoretical, interpretative and comparative analyzes, which allowed a critical-epistemological approach of the proposed theme. In the end, it was concluded that the extensive democratic interpretation of the fundamental right to health guarantees patients access to high-cost medicines based on the dignity of the human person.

Keywords: Judicialization. High Cost Medication. Cheers. Dignity of human person. Federal Court of Justice

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo consiste em investigar juridicamente a judicialização da saúde sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, analisando-se a atuação do Supremo Tribunal Federal no que tange à concessão de medicamentos e tratamentos de alto custo. Especificamente, pretende-se de contextualizar a judicialização de políticas públicas para, então, em um contexto analítico e crítico, ponderar sobre os parâmetros de concessão dos recursos sanitários no país.

Existe um crescente número de ações judiciais voltadas à efetividade do direito à saúde, em sua maioria ações individuais, pleiteando desde atendimento médico a procedimentos diagnósticos. Esses processos, distribuídos em varas especializadas ou cíveis, revelam uma realidade preocupante para o país: judicialização excessiva da saúde.

Esse fenômeno multifacetado exige respostas imediatas do Poder Judiciário e da Administração Pública, considerando-se, em alguns casos, o risco de vida do pleiteante. Expõem-se, assim, os limites e as possibilidades institucionais da esfera pública. No caso da política de distribuição de medicamentos de alto custo, há que se analisar se se trata de demanda individual ou coletiva e se o medicamento se encontra incorporado ou não pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Deve-se ponderar, ainda, se esses fármacos possuem indicações prescritas por órgão regulamentadores, como a ANVISA, ou se constituem métodos experimentais ou paliativos.

Essas indagações devem ser analisadas sob o prisma da dignidade da pessoa humana, posto que tutelar e assegurar o direito à saúde em um contexto social excessivamente injusto e desproporcional na alocação de recursos constitui uma forma de garantir às populações carentes a otimização desse mandamento essencial.

O objeto de pesquisa proposto à análise é juridicamente relevante sob o ponto de vista prático e teórico, uma vez que é cada vez mais necessário esclarecer quais são os critérios hermenêuticos utilizados como parâmetro ao estudo do tema no Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, torna-se essencial desmi-

tificar as abordagens propostas pelo Supremo Tribunal Federal, pois muitas vezes são utilizados critérios dogmáticos de interpretação do direito fundamental à saúde, para excluir pessoas com base na premissa da dogmatização dos direitos coletivos face ao direito individual à saúde.

A temática proposta tem sua delimitação na investigação do protagonismo judicial dos ministros do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema “medicamentos de alto custo”, que se utilizando de interpretações unilaterais, metajurídicas e solipsistas, impede que todos os sujeitos interessados (afetados pelos efeitos jurídicos do provimento final) participem do debate do mérito processual. Pretende-se demonstrar que a ausência de democraticidade do provimento jurisdicional decorre da inviabilidade de participação dos interessados no debate meritório dos pontos controversos da demanda.

A saúde é um direito fundamental corolário da dignidade humana, cuja interpretação deve ser sistemático-integrativo-democrática, de modo a proporcionar a inclusão e integral proteção da pessoa humana. A implicação prática e social do debate científico proposto é evidenciada no sentido de demonstrar que atualmente o Supremo Tribunal Federal tem se utilizado de critérios hermenêuticos para limitar e restringir a efetivação do direito fundamental à saúde, especialmente no que se refere ao acesso aos medicamentos de alto custo.

Pretende-se com o respectivo artigo científico identificar aporias e levantar questionamentos que nortearão outras pesquisas científicas realizadas, especialmente no sentido de demonstrar que direitos individuais e coletivos não podem ser hierarquicamente interpretados, de modo a limitar a proteção integral das pessoas humanas quanto ao direito à saúde. Por isso, a participação de todos os interessados na construção do mérito processual da demanda é essencial para garantir a democraticidade do provimento e a superação do protagonismo judicial no julgamento de ações de medicamentos de alto custo.

Por meio da pesquisa bibliográfica e documental foi possível construir análises temáticas, teóricas, comparativas e críticas do tema de fornecimento de medicamentos de alto custo, delimitando-se o objeto da pesquisa mediante a utilização do método indutivo-dedutivo, partindo-se de uma visão microanalítica (medicamentos e tratamentos de alto custo) em uma direção a uma visão macro (direitos à saúde enquanto mandamento de otimização para se garantir a dignidade da pessoa humana).

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O ACESSO À SAÚDE COMO MANDAMENTOS DE OTIMIZAÇÃO

As normas de direitos fundamentais devem ser formuladas de modo abstrato ou concreto. Os critérios para identificá-las como normas de direito fundamental advêm de suas disposições. Segundo Alexy¹, normas de direitos fundamentais são aquelas cujos enunciados estejam presentes no texto da Constituição alemã. No seu entender, tanto regras quanto princípios são normas, vez que ambos dizem o que deve ser e podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas explicitadas pelo dever, pela permissão pela proibição.

Humberto Ávila, de forma assertiva e pontual diferencia regras e princípios:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção².

1 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

2 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 129.

Nesse sentido, os princípios são, assim como as regras, razões para juízos concretos do dever-ser, ainda que de natureza diferente. Assim, a distinção entre regras e princípios pauta-se numa diferenciação entre duas espécies de normas. Mas, o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios assenta-se no fato de que princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existente. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização”³.

Assim, os princípios se distinguem pelo fato serem satisfeitos ou não em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação depende tanto das possibilidades fáticas quanto das jurídicas. As regras constituem normas que ou são sempre satisfeitas ou não nunca são satisfeitas⁴. Nesse contexto, se a regra é vigente, deve-se fazer exatamente o que ela exige, já que elas contêm “determinações no âmbito daquilo que é fática ou juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”⁵.

Ingo Wolfgang Sarlet esclarece a relevância da positivação de princípios e direitos fundamentais no texto constitucional

Mediante a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada, o Poder Constituinte e a própria Constituição transformam-se, de acordo com a primorosa formulação do ilustre mestre de Coimbra, Joaquim José Gomes Canotilho, em autêntica reserva de justiça, em parâmetro de legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal⁶.

Visualiza-se a diferença entre princípios e regras quando há conflitos entre princípios e colisões entre regras. Alexy⁷ esclarece que um conflito entre regras só pode ser resolvido se houver uma introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que extinga o conflito, ou no caso de, pelo menos, uma das regras for declarada inválida. No caso dos princípios, esclarece o autor que se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder; não mediante a invalidação do outro tão somente pela precedência de um em face do outro sob determinadas condições.

Nesse sentido, pode-se afirmar que “os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos [...] integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais [...] o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, de ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias”⁸.

“Os direitos fundamentais podem ser estudados projetando-os em diversas dimensões. Essa multidimensionalidade seria uma característica já do próprio modelo epistemológico mais adequado para investigá-lo, como propõe Robert Alexy”⁹.

Note-se que os princípios possuem pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. “Os princípios jurídicos fundamentais, dotados também de dimensão ética e política, apontam a direção que se deve seguir para tratar de qualquer ocorrência de acordo com o Direito em vigor, caso ele não contenha uma regra que a refira ou que a discipline suficientemente”¹⁰.

Nos dizeres de Lucio Antônio Chamon Junior, “Alexy certamente trata de questões que são fundamentais para uma determinada compreensão da dimensão dos princípios e das regras”. O autor, ainda pontua,

3 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 90.

4 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

5 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 91.

6 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 69.

7 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

8 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 70.

9 GUERRA FILHO, Wilis Santiago. *Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. dos Direitos Fundamentais aos Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 11.

10 GUERRA FILHO, Wilis Santiago. *Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. dos Direitos Fundamentais aos Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 17.

“apesar de não positivista, Robert Alexy adota a ideia kelseniana de uma norma fundamental sob o argumento de que é necessária para explicar a passagem do plano do ser para o âmbito do dever-ser¹¹”.

Alexy¹² desenvolveu ainda uma distinção *prima facie* das regras e princípios. Estes exigem que algo seja feito dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, de modo que eles possuem um caráter *prima facie* e não um mandamento definitivo. Os princípios concebem razões que podem ser afastadas por razões adversas, ao revés das regras que exigem o cumprimento daquilo que elas ordenam. Com isso, elas possuem uma determinação da extensão de seu conteúdo no aspecto das possibilidades jurídicas e fáticas, o que pode levar à ocorrência de falhas. Se isso ocorrer, fica válido exatamente aquilo que a norma prescreve. As regras “possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou tipificação) de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada de uma sanção¹³”. Nesse sentido, os princípios fundamentais “são igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a consequência prevista normativamente¹⁴”.

Quanto aos conflitos referentes à aplicabilidade de regras diante do caso concreto, Alexy realiza uma ponderação entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, que nos dizeres de Wilis Santiago Guerra Filho, “uma medida é adequada se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível é finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens¹⁵”. Afirma que a natureza dos princípios alude à máxima da proporcionalidade, de modo que as três dimensões desta – a adequação, a necessidade (princípio de meio menos gravoso) e a proporcionalidade em sentido estrito (princípios do sopesamento propriamente dito) – deriva dessa natureza principiológica¹⁶. Em suas palavras:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão¹⁷

Visualiza-se que a tese central da obra de Alexy (2008) refere-se ao fato de os direitos fundamentais possuírem natureza de princípios e consagrarem-se, portanto, como mandamentos de otimização. A norma fundamental proposta por Alexy possui três tarefas fundamentais: “a) transformar uma categoria do ser – o socialmente eficaz – em um dever-ser – o juridicamente válido; b) determinar quais são os critérios daquilo que se entende por Direito; c) e também criar uma ideia de unidade de sistema, já que todas as normas teriam sua validade, em última instância, na norma fundamental¹⁸”.

A dignidade da pessoa humana é o fundamento garantidor do direito à saúde do cidadão, ainda que em medicamentos de alto custo, resulta em um princípio *prima facie*. Contudo, a reserva do possível vem

11 CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. Terium Non Datur: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma Teoria da Argumentação Jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Coordenação Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 100-101.

12 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

13 GUERRA FILHO, Wilis Santiago. *Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*: dos Direitos Fundamentais aos Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 17.

14 GUERRA FILHO, Wilis Santiago. *Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*: dos Direitos Fundamentais aos Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 17.

15 GUERRA FILHO, Wilis Santiago. *Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*: dos Direitos Fundamentais aos Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 28.

16 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

17 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 117.

18 CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. Terium Non Datur: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma Teoria da Argumentação Jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Coordenação Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 102.

apresentando caminhos diversos apontando para o interesse da coletividade, contrariando a interpretação extensivo-integrativo-democrática dos direitos fundamentais como *locus* de inclusão e proteção integral da dignidade da pessoa humana. “Conceber o direito à saúde apenas, segundo seu aspecto coletivo, significa seguir a diretriz do utilitarismo clássico, tão criticado por Rawls”¹⁹. Nessa seara, verifica-se que “o utilitarismo defende que a sociedade atenderia à exigência de justiça “quando suas instituições mais importantes estão planejadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de satisfação obtido a partir da soma das participações individuais de todos os seus membros”²⁰.

“A previsão do direito à saúde como direito fundamental social, cujo acesso deve ser universal, igualitário e gratuito, configurando dever do Estado e direito de todos os cidadãos, ocasiona a reconfiguração da saúde pública de forma a garantir a prestação de bens, utilidades e serviços necessários à sua fruição”²¹”.

Portanto, repensar esses mecanismos de concessão de medicamentos de alto custo enquanto mandamento de otimização tornou-se necessário. Assim, realizar uma releitura dicotômica dos direitos fundamentais individuais e coletivos sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana é estritamente necessário na abordagem do presente tema. “Exige-se nova postura do aplicador do direito de uma forma geral e, especialmente, do Poder Judiciário, que não pode se omitir na concretização dos direitos fundamentais. É necessário deixar de lado o perfil que privilegia abordagens dogmáticas e formais”²²”. Com isso, torna-se possível estruturar a compreensão do direito social à saúde enquanto preceito fundamental, de forma a analisar a judicialização e seus efeitos enquanto veiculadores de promoção social.

A dignidade da pessoa humana constitui o mandamento base de todo o ordenamento jurídico. Esse princípio irradia os demais, uma vez que somente por meio dele se pode concretizar os direitos fundamentais do indivíduo. Trata-se de um princípio que não se restringe a uma declaração ou postulado filosófico. Enquanto mandamento norteador do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana possui natureza dúplice, já que deve ser vista como um postulado normativo, considerando que ela serve para indicar a forma como as demais normas devem ser feitas e aplicadas e, enquanto princípio, nenhuma norma pode feri-lo.

A dignidade humana reflete um conceito ambíguo e ainda em construção, assim como os direitos humanos em si. Nesse contexto, é importante esclarecer que a dignidade humana não constitui, em si, como uma construção inata decorrente de proposições jusnaturalistas, uma vez que se trata de um valor jurídico objeto de construção hermenêutica no Estado Democrático de Direito. O texto da Constituição brasileira de 1988 traz proposições jurídicas que legitimam a interpretação extensivo-sistemática dos direitos fundamentais voltada a inclusão, igualdade e ampla proteção jurídica da pessoa humana, tanto sob o ponto de vista individual quanto coletivo.

Sob o viés da filosofia, a dignidade humana liga-se ao antropocentrismo kantiano. Para esse filósofo, o homem enquanto centro do universo possui caráter racional e daí vem sua dignidade. O homem constituiu um fim em si mesmo, de modo que a dignidade deve ser analisada a partir do caso concreto, não se podendo defini-la de maneira global, já que, com a evolução da sociedade, a fórmula homem-objeto, poderia não ser suficiente para proteger todas as violações e assegurar proteção eficiente. Em seu entender, deve-se vislum-

19 MARTINS, Urá Lobato. A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da teoria da justiça distributiva de John Rawls. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, Número Especial, 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/Fabricio/Downloads/3020-15496-1-PB.pdf>. Acesso em: 09 out. 2017. p. 319.

20 MARTINS, Urá Lobato. A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da teoria da justiça distributiva de John Rawls. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, Número Especial, 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/Fabricio/Downloads/3020-15496-1-PB.pdf>. Acesso em: 09 out. 2017. p. 319.

21 MOURA, Emerson Affonso da Costa Moura; ORDACGY, Fabrizia da Fonseca Passos Bittencourt. Direito à Saúde, políticas públicas do Sistema Único de Saúde e acesso ao serviço público hospital e ambulatorial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 4, n. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/Fabricio/Downloads/2628-13625-1-PB.pdf>. Acesso em: 09 out. 2017. p. 54.

22 MATIAS, João Luis Nogueira; MUNIZ, Águeda. O poder judiciário e a efetivação do direito à saúde. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 1, jan./jun. 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/Fabricio/Downloads/3377-15381-2-PB.pdf>. Acesso em: 09 out. 2017.

brar a dignidade, dependendo da relação em que a pessoa era colocada em condições de objeto por vontade própria, sem que a sua dignidade ou sua condição de pessoa fosse ofendida²³.

Note-se que a dignidade, no tocante à fundamentalidade jurídica, pode ser observada sob três perspectivas diversas. Sob o consenso substantivo, observa-se uma orientação no sentido do direito interno e outra no direito internacional. No caso do direito brasileiro, verifica-se que a dignidade foi alçada ao valor central pelo texto constitucional vigente. No plano internacional, conquanto se discuta quais os meios de proteção da dignidade humana, há certo consenso no que diz respeito dela firmar-se sobre o bem-estar do homem como fim máximo do Estado, que deve reconhecer direitos básicos a seus nacionais²⁴.

A outra perspectiva parte de um conjunto variado de formulações teóricas que congregam dois fatores: a crença de que em uma realidade plural, como a contemporânea, não é possível apurar consensos materiais e também empregá-los para legitimar decisões que afetem a sociedade política. Nesse contexto, essa legitimação só poderá decorrer da correção e qualidade dos procedimentos, por meio dos quais tais decisões são apuradas e não do conteúdo das decisões propriamente ditas. Assim, embora numa lógica diversa, a teoria procedimentalista preconiza que os direitos materiais básicos são pressupostos elementares para a dignidade humana²⁵.

Baseando-se nas condições materiais e na própria fundamentabilidade jurídica, o texto constitucional reconhece eficácia positiva ou simétrica às faixas que compõem o núcleo da dignidade humana, especialmente a primeira (condições materiais), vislumbrada na exigibilidade da prestação positiva. É que o chamado mínimo existencial compõe as condições materiais básicas para a existência do indivíduo, compondo uma fração nuclear que enseja a eficácia jurídica positiva. Isso porque:

Em primeiro lugar, do ponto de vista jusfilosófica, e para uma sociedade como a contemporânea, que confia nos postulados humanistas e na democracia, a dignidade da pessoa (incluído aí seu aspecto material) constitui o valor mais fundamental. Em segundo lugar, é possível falar de um consenso material acerca da prioridade do homem e de sua dignidade tanto no direito interno especialmente após a Constituição de 1988, como na ordem internacional, ainda que neste último caso, o consenso possa ser apenas teórico em vários pontos. A fundamentalidade jurídica do princípio também pode ser extraída das concepções procedimentalistas (pela qual a legitimidade das decisões decorre da correção do processo deliberativo, já que não é possível apurar consensos matérias abrangentes na sociedade plural, contemporânea), uma vez que se adote como premissa a igualdade dos indivíduos²⁶.

Sob a ótica do texto constitucional, a dignidade humana tornou-se, pois, o mandamento fundante da ordem jurídica e a principal finalidade do Estado. Logo, “a dignidade é um piso vital mínimo imposto pela Carta Magna como garantia da possibilidade de realização histórica e real da dignidade da pessoa humana no meio social²⁷”. Sob esse resguardo da dignidade encontram-se a segurança, a saúde, a educação e outros direitos elementares que devem ser positivados pelo Estado. Para atender a essa essencialidade, os valores da dignidade vão além da ideia de patrimônio, eles perpassam as dimensões de direitos (em suas quatro gerações) e os ideais de justiça. Ele se funda eminentemente sobre os direitos fundamentais. Enquanto princípio fundamental, a discussão do conceito de dignidade ultrapassa essas gerações de direito, firmando-se como mandamento-base a partir do reconhecimento dos direitos fundamentais alcançados pelos valores idealizados pela população.

Nessa perspectiva, somente se pode garantir a dignidade da pessoa humana se aos indivíduos tiver assegurados seus direitos fundamentais previstos nos artigos 1º, 3º e 5º e também os direitos sociais do artigo

23 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Leopoldo Halzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003.

24 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

25 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

26 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 292.

27 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 20.

6º, todos da Constituição Federal. Como o princípio da dignidade volta-se aos direitos sociais, a falta de condições materiais mínimas ao homem, prejudica o exercício da liberdade, devendo o Estado não apenas coibi-la, mas proteger ativamente a vida humana, sendo esta a própria razão de ser do Estado²⁸.

Esse é o fundamento central do mandamento da reserva do mínimo existencial, segundo o qual a se a pessoa mediana consegue ter uma vida digna sem precisar do bem em questão, este bem não pertence ao direito da dignidade. Dentre o resguardo desse princípio não envolve apenas bens patrimoniais ou integridade física da pessoa humana, mas, sobretudo, sua integridade moral, sentimental, psíquica. Como desdobramento de seus fundamentos e consectários lógicos, observe-se que a prestação positiva de direitos por parte do Estado deve ocorrer de forma a se garantir essa proteção à liberdade, à cidadania, ao bem-estar social, à saúde, à propriedade, à segurança.

A essa pluralidade de interesses, como forma de resguardar a dignidade da pessoa humana, deve o Poder Público cumprir sua obrigação natural positiva de garantir o acesso de seu nacional à saúde, de forma plena e eficaz. Isso porque, tutelar e assegurar esse direito elementar de forma coletiva ou individual implica em assegurar o mínimo necessário para a proteção da dignidade da pessoa humana. Esse mister se torna ainda mais necessário ante um sistema social excludente e desproporcional no que tange à repartição de riquezas, devendo o Estado utilizar seu aparelhamento estatal e garantir a saúde pública de modo mais consectário com as necessidades sociais de toda sua população indistintamente.

Com relação à judicialização do direito à saúde, “tem o Judiciário uma difícil missão: buscar soluções para as crescentes demandas sanitárias, ponderando os valores da democracia, da dignidade da pessoa humana, da fundamentalidade do direito à saúde, da limitação orçamentária, da discricionariedade administrativa e da cautela²⁹”, de modo a assegurar a proteção ampla e integral da pessoa humana.

3. DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE TODOS

O texto constitucional vigente foi construído a partir da proposição jusfilosófica norteadora da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, possui em seu arcabouço normativo dispositivos referentes aos direitos fundamentais nas suas mais variadas gerações. Como reflexo disso, temos o reconhecimento da carga ideológico-democrática da garantia do mínimo existencial aos brasileiros. A esse preceito, resguarda-se o direito à saúde, que constitui um direito fundamental de natureza social, individual e coletiva, cujas diretrizes e garantias são estabelecidas na Constituição. A saúde representa, assim, um direito social e, como tal, institui-se como direito de todos e dever do Estado. O reconhecimento de sua natureza social, dimensão coletiva e individual decorre de extenso processo histórico de construção da teoria dos direitos fundamentais ao longo dos paradigmas dos Estados Liberal, Social e Democrático de Direito.

“Retomando a ideia do Estado como uma empresa prestadora de serviços públicos, há que se discorrer sobre o dever estatal de alocar da melhor forma possível os recursos públicos, tanto no que diz respeito ao custeio de seus serviços, quanto à concretização de direitos³⁰”.

O reconhecimento e a efetivação dos direitos fundamentais previstos no plano constituinte e instituinte, especialmente o direito fundamental à saúde, constitui pressuposto da proteção igual da dignidade humana, corolário do exercício da cidadania.

28 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

29 DIAS, Maria Socorro de Araújo et al. Judicialização da saúde pública brasileira. 135. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 2, out. 2016. Disponível em <file:///C:/Users/Fabricao/Downloads/4012-19241-1-PB.pdf>. Acesso em 09 out. 2017.

30 FARO, Júlio Pinheiro. Políticas públicas, deveres fundamentais e concretização de direitos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 3, n. 2, jul./dez. 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/Fabricao/Downloads/2161-12654-1-PB.pdf>. Acesso em: 09 out. 2017. p. 259.

Os percursos da saúde pública no Brasil tem início no XIX com a vinda da Corte portuguesa. Nessa época o governo brasileiro realizava algumas ações de combate à lepra e à peste e controle sanitários nos portos e ruas. Contudo, somente no período de 1870 e 1930, que se pode dizer que o Estado praticara atuações mais efetivas nesse campo, como a adoção do modelo “campanhista” (caracterizado pelo uso corrente da autoridade e da força policial) que, apesar das críticas abusivas, obteve sucessos no controle de doenças epidêmicas. As ações de modelos curativos ficavam reservadas aos serviços privados e à caridade³¹.

A estruturação básica do sistema de saúde pública no Brasil ocorreu em 1930 com a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública, dos Institutos de Previdência (IAPs) que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo, ligados aos profissionais que possuíam ligação com esses institutos. No período ditatorial brasileiro, houve a unificação dos antigos institutos e a criação do Instituto Nacional da Previdência Social (INPS) estendendo-se aos empregados urbanos (com carteira assinada), enquanto contribuinte, tratamentos na rede pública de saúde. Essa limitação inviabilizava o atendimento dos não integrantes ao modelo empregatício³².

Com o fim do regime militar e a ascensão da Constituição de 1988, a prestação do serviço público de saúde passou a constituir direitos de todos. Em seu artigo 196, o texto constitucional reconhece que a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, além de instituir o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. A promulgação do texto da Constituição brasileira de 1988, ao instituir o Estado Democrático de Direito, elevou a saúde a um direito fundamental social, de natureza individual e coletiva, cabendo ao Estado promover a efetivação e o exercício de tal direito a todos os cidadãos indistintamente, de modo a utilizá-lo como parâmetro de inclusão da pessoa humana. No texto constitucional consagrou-se:

[...] o direito universal à saúde e as obrigações de financiamento pra cada nível de governo, assim como o papel de cada nível; regulamentou-se a relação como o sistema privado de saúde e, finalmente, instituiu-se como princípio constitutivo do SUS a participação da comunidade. Para garantir essa participação foram definidos, constitucionalmente, vários dispositivos de controle social³³.

É importante esclarecer, nesse contexto, que “ao tratar do direito à saúde, a Lei Fundamental consignou a sua efetivação à implementação de políticas públicas, a serem custeadas com recursos oriundos do orçamento da seguridade social³⁴”.

Como forma de dimensionar e estabelecer os parâmetros da amplitude do direito à saúde, o texto constitucional de 1988 estabeleceu as competências para legislar sobre proteção e defesa da saúde. De forma concorrente, compete à União, aos Estados e aos Municípios a legislar sobre saúde e, de modo comum, elaborar e implementar políticas públicas em matéria de saúde. Em matéria legislativa, à União foi atribuída a competência para o estabelecimento de regras gerais, ao Estado, criar normas suplementares e, aos Municípios, legislar sobre assuntos de interesse local. Nestes termos, tem-se que as competências constitucionalmente atribuídas para ações e serviços voltados à saúde são repartidas aos entes federados, de modo que, a União e os Estados contribuem técnica e financeiramente, ao passo que os Municípios executam os serviços por meio da descentralização.

31 BARROSO, Luiz Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista da Procuradoria Geral da República*. Porto Alegre, v. 31, n. 66, p. 89-114, jul./dez. 2007.

32 BARROSO, Luiz Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista da Procuradoria Geral da República*, Porto Alegre, v. 31, n. 66, p. 89-114, jul./dez. 2007.

33 ROCHA, Aristides Almeida; CESAR, Chester Luiz Galvão; RIBEIRO, Helena. *Saúde Pública*. Bases conceituais. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2013. p. 119.

34 PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 5, Número Especial, 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/Fabricio/Downloads/3096-15493-1-PB.pdf>. Acesso em: 09 out. 2017. p. 293.

Assim, como todos os entes são considerados competentes, deve haver cooperação entre eles para que haja equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar no país³⁵ (art. 23, CR/88). Essa atribuição de competência comum remete-se à imperiosidade do direito à saúde e não a superposição entre a atuação dos entes federados. Como forma de regulamentação dessas competências, adveio a lei 8.080 de 1990, que definiu a estrutura e modelo operacional do SUS, bem como as atribuições de cada ente federado.

A lei 8.080 de 1990, em seus artigos 16 a 18, enunciam que compete à União as atividades de caráter normativo, de controle e fiscalização, assim como a de descentralizar para os Estados e Municípios os serviços e ações de saúde de alcance dos mesmos³⁶. Assim, aos Estados e Municípios competem planejar, organizar, controlar, avaliar e executar ações e serviços de saúde em suas respectivas áreas de abrangência. Aos Estados, no entanto, cumpre descentralizar, por conseguinte em segundo grau, para os municípios serviços e ações de saúde. No âmbito municipal, conforme preconiza os art. 30, VII, juntamente com o art. 7º, IX da Lei 8.080/90, fixa-se a competência para a prestação do atendimento à saúde da sociedade, atendendo a descentralização dos serviços.

Vislumbra-se, pois, que no contexto brasileiro, a promoção do direito à saúde constitui dever precípua do Estado, mediante esforços comuns a serem empregados por todos os entes da federação. Assim, enquanto direito social, a saúde, assim como os demais direitos desse âmbito, remetem à prestações positivas proporcionadas pelo Estado, de forma direta ou indireta, que possibilitam melhores condições de vida aos mais vulneráveis, buscando igualizar situações sociais desiguais. Elas “valem como pressupostos do gozo de direitos individuais na medida que criam condições materiais mais propícias no auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício do direito de liberdade³⁷.”

No contexto do Estado Democrático de Direito há uma promoção da dignidade da pessoa humana, de modo que o exercício do direito à saúde implica no exercício de uma vida digna. Mello acentua que:

A saúde é direito constitucional de primeira geração, por dizer respeito à incolumidade que o Estado há de segunda geração porque o Estado é obrigado a exercer ações que sejam necessárias para proteger as pessoas como direito de terceira geração o estado permite que o direito à saúde seja exercido mediante ações coletivas³⁸.

Os direitos sociais possuem dupla dimensão de eficácia: prestacional e defensiva. Esta alude ao fato de que tanto a sociedade como o Estado abstenham-se de adotar medidas que possam lesionar ou ameaçar bens protegidos juridicamente e com eles possuam relação. Já aquela, de natureza positiva, refere-se às atribuições de deveres comissivos, de forma a promover e garantir a sustentabilidade da saúde. Assim, a eficácia defensiva implica numa abstenção a ser feita pelo Poder Público e indivíduos no tocante à vulnerabilidade da saúde, ao passo que a eficácia prestacional refere-se a ações positivas de promoção material para o exercício do direito à saúde. Nesse contexto, explica Sarlet (2001) que:

Na assim chamada dimensão negativa, ou seja, dos direitos fundamentais como direitos negativos (ou direitos de defesa), basicamente isto quer significar que a saúde, como bem jurídico fundamental, encontra-se protegida contra qualquer agressão de terceiros. Ou seja, o Estado (assim como os demais particulares) tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer (por isto direitos negativo) no sentido de prejudicar a saúde³⁹.

35 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

36 BRASIL, *Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

37 SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Mandamentos, 2008. p. 286-287.

38 MELO, José Tarcísio de Almeida. *Direito Constitucional do Brasil*. 30. ed. rev e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 1139.

39 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 100.

Na visão de Canotilho⁴⁰, o direito à saúde possui quatro formulações: normas de organização, como garantias institucionais, como direitos subjetivos públicos e como normas programáticas. A partir dessa compreensão, Sarmento⁴¹ sustenta que o direito à saúde no ordenamento brasileiro encontra-se positivado em normas de natureza programática, em sua grande maioria. Nesse sentido, a plena eficácia dessas normas estaria condicionada ao desenvolvimento de políticas públicas e a elaboração normativa que lhe atribua efeitos concretos.

Nesse contexto, como forma de garantir o exercício do direito à saúde, deve Estado, no desempenho de seu papel de poder-dever de larga intervenção no âmbito social, valer-se de políticas públicas sociais e econômicas para efetivar tal direito expressamente previsto no plano constituinte. Entende-se por políticas públicas os mecanismos criados pelo governo e a sociedade civil no sentido de transformar seus propósitos em programas, projetos e ações. As ações de políticas públicas implicam em “diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios oriundos das coletividades”⁴².

Ocorre que as inúmeras demandas sociais envolvendo os direitos sociais, especialmente o direito à saúde, resultaram numa ineficiência do Poder Executivo no que tange à administração de recursos e o Poder Legislativo no que diz respeito à elaboração de legislações que garantam a efetividade desses direitos. Assim, como forma de garantir a concretude de seus direitos, a coletividade vem se utilizando das vias jurisdicionais, ensejando a judicialização das políticas públicas, especialmente a judicialização do direito fundamenta à saúde.

4. JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA SEARA DA SAÚDE

A judicialização das políticas públicas desenvolveu-se principalmente na esfera dos serviços de saúde. Tal fato se justifica porque, as dimensões constitucionais e infraconstitucionais acerca desse direito, somadas ao contexto da realidade precária da saúde brasileira, coube ao Judiciário definir os parâmetros da prestação de tais serviços públicos. Observa-se o fenômeno da judicialização da política quando o Judiciário, no desempenho normal de suas funções, tem sua atuação afetada de modo significativo devido as condições de caráter político. Reside, pois, em questões relevantes de cunho político, moral e social que são objetos de apreciação judicial em caráter final.

Trata-se daquelas atividades tipicamente preponderantes dos Poderes Legislativo e Executivo que são transferidas ao Poder Judiciário, haja vista as reiteradas condutas omissivas das respectivas esferas estatais em implementar o direito à saúde nos moldes propostos pelo texto constitucional. Com isso, os tribunais e magistrados acabam por se tornarem atores políticos, conquanto com singularidades e embasamentos distintos dos demais poderes. Eles se tornam personagens centrais na resolução de relevantes conflitos morais e políticos, cujos efeitos de suas decisões acabam por impactar no sistema político. Nesse sentido, atualmente o Judiciário exerce importante papel na concretização dos direitos fundamentais aos cidadãos, uma vez que suas decisões constituem verdadeiros mecanismos de poder e, direta ou indiretamente, participam e influenciam a formação da vontade política predominante.

Há uma conversão de circunstâncias tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas, o que enseja a origem da jurisdicionalização do processo decisório, aumentando a tensão entre política e o direito.

40 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

41 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

42 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas: IN: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio C. Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 110-111.

Com o advento da constituição democrática, o Judiciário assumiu o papel de garantir o exercício, implementação e concretização de direitos fundamentais coletivos e individuais expressamente previstos no plano constituinte, sempre que verificada a omissão do executivo e legislativo.

Nesse contexto, se antes o Poder Judiciário brasileiro exercia papel coadjuvante, devido aos imensos números de processos e a não positividade de direitos por parte do Poder Legislativo e a ineficácia do Poder Executivo em efetivar essas políticas públicas, ele passou a ser protagonista, especialmente na área da saúde.

Nesse contexto, o direito fundamental à saúde deve ser interpretado extensivamente, de modo a garantir democraticamente a ampla proteção da pessoa humana. Joaquim Carlos Salgado “refere-se ao princípio da maior extensibilidade como aquele que confere ao direito fundamental uma interpretação ampla, dada a alta carga valorativa que possuem. Os direitos fundamentais não podem ser restringidos, devendo o intérprete aplica-los da forma mais abrangente possível⁴³”.

Esse cenário procede do alto volume de processos judiciais a tratar da saúde pública e complementar e do biodireito. Segundo o Ministério da Saúde⁴⁴, em 2005, a União gastou diretamente R\$ 2,5 milhões com aquisição de medicamentos solicitados pela via judicial e foi citada como ré em 387 processos, fato esse que evidencia claramente a omissão do Estado em implementar política pública de saúde, tal como previsto no plano constitucional. Em 2007, o gasto passou para R\$ 15 milhões destinados ao atendimento de aproximadamente três mil ações. Em 2008, as despesas alcançaram R\$ 52 milhões.

Esses números refletem os gastos gerados e a implicação das decisões judiciais no cenário político e econômico do país. Consoante um estudo feito sobre a judicialização, é possível detectar algumas características comuns nos processos nas diversas regiões do país. Primeiro, a maioria dos pedidos constitui-se em demanda individual e os deferimentos das ações baseiam-se unicamente na prescrição medicamentosa apresentada pelo reivindicante. Já a segunda característica remete-se ao fato de a prescrição conter medicamentos incorporados ou não pela assistência farmacêutica do SUS, alguns sem registro no país ou em indicação terapêutica não constante no registro sanitário. E, a terceira, pauta-se no crescimento exponencial das demandas judiciais e dos gastos com medicamentos⁴⁵.

A Administração Pública afirma não ser possível cumprir todas as ordens judiciais e como mecanismo de defesa contra argumentativa baseia-se dogmaticamente na teoria da reserva do possível. Segundo esse princípio, “todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização geral”⁴⁶. Para a teoria da reserva do possível, os recursos não serão disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas, de forma que deve haver limites para implementação efetiva dos direitos sociais prestacionais. Explica Barcelos que:

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. Esta teoria claramente postula que há limites de possibilidades matérias aos direitos sociais prestacionais, independente de eles estarem legalmente previstos ou não. Assim, de nada adiantaria a previsão constitucional se não existirem recursos disponíveis para custeio destas prestações. E é justamente nas situações em que o Estado não contempla estes direitos que os cidadãos buscam em vias judiciais a efetivação⁴⁷

43 MOREIRA, Bárbara Antonina E. de Campos; FERNANDES, Bianca de Menezes; RIBEIRO, Brenda Senna Guimarães. O direito à saúde sob a ótica da hermenêutica dos direitos fundamentais. In: DAMASCENO, Maria Helena; MEGALE, Silva (Org). *Horizontes Hermenêuticos*. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2012. p. 131.

44 BRASIL. Ministério da Saúde. *Ações judiciais comprometem política de saúde*. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.sinmed-mg.org.br/visualizacao-de-noticias/ler/7032/acoes-judiciais-comprometem-politica-de-saude>>. Acesso em: 10 set. 2017.

45 PEPE, Vera Lúcia Edais et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, v. 5, n. 15, p. 2405-2414, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v15n5/v15n5a15>>. Acesso em: 10 set. 2017.

46 NUNES, José Avelãs; SCARFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

47 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 236.

Segundo essa concepção, não há recursos disponíveis para custeio destas prestações de modo que não se pode exigir uma atuação estatal. E, baseando nisso, o Poder Executivo tem invocado a falta de recursos públicos para atender as pretensões judiciais por meio da Teoria da Reserva do Possível e da prerrogativa da Administração basear-se nos mecanismos de conveniência e oportunidade para concretizar determinadas políticas. Tal premissa teórica contraria a ordem constitucional democrática, haja vista que se trata de argumento utilizado para justificar dogmaticamente a interpretação restritiva do direito fundamental à saúde baseado em razões econômico-capitalista de finitude dos recursos públicos.

Como reflexo disso, a população recorre às vias judiciais para efetivação de seus direitos, pautando-se na essencialidade desse direito fundamental e também na teoria do mínimo existencial. Esse, por sua vez, corresponde às condições elementares de direitos sociais que, quando obtidos determinados grau de realização, constituem uma garantia institucional e um direito subjetivo. Logo, restringe-se a possibilidade de reversão, conduzindo ao princípio da vedação ao retrocesso social, tutelando-se a dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva, o Judiciário, diante de uma demanda, deve determinar que seja salvaguardado o mínimo existencial antes de analisar quaisquer outros aspectos de ordem orçamentaria e política. Para tanto, deve-se observar a existência dos subsídios: saúde pública básica, educação, assistência aos necessitados e o acesso à justiça, elementos estes que devem ser concretizados e exigíveis perante o Judiciário em caso de omissão pelos órgãos competentes.

A premissa teórica do mínimo existencial compatibiliza-se com a interpretação sistemático-integrativo-democrático do direito fundamental à saúde, haja vista que resguarda seu exercício tanto na esfera individual quanto coletiva. Em contrapartida, verifica-se que a proposição jurídica da reserva do possível não se compatibiliza com a constitucionalidade democratizante dos direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde, haja vista que tal argumento é frequentemente utilizado pelo Judiciário como justificativa para limitar, restringir ou suprimir o exercício individual ou coletivo do direito à saúde, baseando-se em razões econômicas de finitude dos recursos públicos.

5. OS EFEITOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O objetivo do presente item do artigo científico é investigar e debater os argumentos e fundamentos hermenêuticos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal no que tange à análise das pretensões que buscam proteger o exercício do direito à saúde, especificamente no que atine ao fornecimento estatal de medicamentos de alto custo.

Pretende-se identificar aporias nas proposições hermenêuticas utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a evidenciar as limitações da pesquisa e, assim, sugerir novos questionamentos que orientarão investigações científicas futuras. Ressalta-se, ainda, que a originalidade da abordagem proposta justifica-se na desconstrução das premissas hermenêuticas utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, evidenciando sua incompatibilidade com a interpretação sistemático-integrativa e extensivo-democrática do direito fundamental à saúde expressamente previsto no plano constituinte como um direito de dimensão coletiva e individual.

5.1. Os julgados do Supremo Tribunal Federal e a fixação de parâmetros como norteador de decisões judiciais

O Estado Democrático de Direito funda-se na premissa da efetivação dos direitos fundamentais como corolário da dignidade da pessoa humana. A constituição brasileira vigente possui núcleo normativo de cunho axiológico, ressaltando-se que tal argumento deve ser o fundamento regente para a interpretação extensiva da saúde enquanto direito fundamental. Ao Judiciário caberá o papel de interpretar democraticamen-

te o respectivo direito, garantindo-se seu exercício a todos indistintamente, não podendo, jamais, se utilizar de critérios interpretativos voltados a restringir ou suprimir o exercício de qualquer direito fundamental, especialmente o direito à saúde. Nesse sentido, Eduardo Ribeiro Moreira afirma que

A judicialização da política ganha limites ao lado de um aumento de força, pois não é qualquer política pública, mas aquela com base em metas previstas na Constituição. Para tanto os direitos fundamentais são erigidos a fundamentos do controle, corrigindo as impropriedades das políticas públicas em julgamento conduzidos pelos direitos fundamentais como vetores. Isso fica mais bem contextualizado à visão de que o Poder Judiciário é, também ele, o condutor da democracia⁴⁸.

A inércia governamental no tocante à implementação de políticas públicas voltada à área da saúde é bem antiga. Em uma retrospectiva na jurisprudência do STF no tocante à concessão de medicamentos, observam-se ações proativas do Tribunal em criar mecanismos para garantir esse direito. No AI 238328 AgR / RS, j. em 16/11/1999⁴⁹, rel. Ministro Marco Aurélio, o STF adotou a política de concessão de medicamentos: “a Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida”. Observa-se que já no ano de 1999 a questão da judicialização da saúde já era tema em pauta no Supremo Tribunal, ressaltando-se que o posicionamento adotado à época era voltado à interpretação extensiva do direito fundamental à saúde, considerando-se que a escassez e limitação de recursos públicos não fica em evidência nos julgados supramencionados.

Também no RE 195192/RS⁵⁰, em 22/02/2000, rel Marco Aurélio salienta acerca da responsabilidade linear dos entes federados na concessão de medicamentos raros. Também nos julgados RE 255627⁵¹ AgR / RS, j. 21/11/2000, rel. Min. Nelson Jobim e AI 486816 AgR / RJ, j. 12/04/2005, relator Carlos Velloso, imputa-se a responsabilidade do Estado quanto à concessão. O bloqueio de verbas públicas como medida coercitiva para garantia do direito à saúde tornou-se rotineira (AI 597182⁵² AgR / RS, j. em 10/10/2006, Min. César Peluso). Na ADPF n. 45⁵³ (BRASIL, 2004), o STF analisa a tensão entre os princípios da reserva do possível e o mínimo existencial, afirmando, em suma, que as questões orçamentárias, a título de cláusula de reserva do possível, somente configurariam óbice à implementação do direito à saúde se a insuficiência de recursos fosse objetiva e concretamente demonstrada.

A partir do ano 2000 começa a ganhar força no Supremo Tribunal Federal os princípios da reserva do possível como fundamento utilizado para restringir o acesso à saúde. Corroborando com essa tese, Ana Paula de Barcellos afirma

As políticas públicas são indispensáveis para a garantia e a promoção dos direitos fundamentais – o fato é que toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público e os recursos públicos são limitados. Essas são evidências fáticas e não teses jurídicas. [...] As políticas públicas, igualmente, envolvem gastos. E

48 MOREIRA, Eduardo Ribeiro. A possibilidade de controle judicial das políticas públicas. In: FIGUEIREDO, Marcelo. (Coord.). *Novos Rumos para o Direito Público – Reflexões em Homenagem à professora Lúcia Valle Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 162.

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no agravo de instrumento AI 238328 AgR /RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*, 16 de novembro de 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=291210>>. Acesso em: 20 set. 2017.

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 195192/RS*. Relator: Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*, 31 de mar. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234359>>. Acesso em: 20 set. 2017.

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 255627 AgR / RS*. Relator Min. Nelson Jobim *Diário de Justiça Eletrônico*, 21 de novembro de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365054>>. Acesso em: 20 set. 2017.

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no agravo de instrumento AI 597182 AgR / RS. Relator Min. César Peluso. *Diário de Justiça Eletrônico* 10 de outubro de 2006, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390282>>. Acesso em: 20 set. 2017.

53 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45 (BRASIL, 2004) *Diário de Justiça Eletrônico* Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf . Acesso em: 20 set. 2017.

como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido⁵⁴.

O entendimento da autora mencionada acima ilustra o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema judicialização do direito fundamental à saúde. O Ministro Relator da ADPF n. 45, Celso de Mello, é categórico ao afirmar que “a questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental”⁵⁵. Nesse contexto, abusividade governamental pode ser entendida como omissão estatal quanto à garantia efetiva do direito à saúde ou se deve entender que tal abusividade decorre apenas da conduta comissiva praticada pelo Estado? Mesmo considerando que a saúde é um direito fundamental corolário da dignidade humana, de interpretação extensivo-democrática, verifica-se no entendimento preconizado pelo Supremo Tribunal que a legitimidade do judiciário intervir no tema decorre da comprovação em juízo de negativa do Estado em assegurar o exercício do direito à saúde.

A indagação racional (aporia) que surge nesse contexto é a seguinte: estaria o Supremo Tribunal Federal utilizando-se de parâmetro hermenêutico de interpretação restritiva do direito fundamental à saúde baseado em critérios metajurídicos (econômicos e escassez de recursos)?

Verifica-se nesse entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal a adoção de argumentos econômicos e orçamentários como justificativa da interpretação restritiva do direito fundamental à saúde. Trata-se de postura que não condiz com a constitucionalidade democrática dos direitos fundamentais, que preconiza pelo exercício extensivo de tais direitos como forma de garantir a inclusão e proteção integral da pessoa humana.

Ressalta-se que o texto constitucional, visto sob a ótica das proposições hermenêutico-democratizantes, não pode ser interpretado de modo a limitar ou suprimir o exercício igual de direitos fundamentais pelos cidadãos. Admitir esse tipo de interpretação é reconhecer o protagonismo judicial como *locus* de violação dos direitos fundamentais previstos no plano constituinte. Lênio Luiz Streck elucida a questão em debate ao afirmar que “a crítica à discricionariedade judicial não é uma proibição de interpretar”⁵⁶. A interpretação visa dar sentido à norma jurídica diante das peculiaridades do caso concreto, ressaltando-se que o “direito é composto por regras e princípios comandados pela Constituição”⁵⁷. Os julgadores não podem ser valer de qualquer critério hermenêutico para interpretar o texto da constituição brasileira vigente, pois “o drama da discricionariedade que critico reside no fato de que esta transforma os juízes em legisladores”⁵⁸, propiciando “a criação do próprio objeto do conhecimento, típica manifestação do positivismo”⁵⁹. A racionalidade do julgador (ministros do Supremo Tribunal Federal) “não pode ser a fonte iluminadora do significado de tudo o que pode ser enunciado sobre a realidade”⁶⁰.

Note-se que a preocupação inicial do Tribunal pautava-se em resguardar os preceitos constitucionais e não o problema orçamentário. Contudo, o efeito multiplicador dessas ações acabou por impactar nas decisões do STF, que até então adotava a política de concessão de medicamentos na grande maioria dos casos. No julgado, Suspensão de Tutela Antecipada n. 91/AL⁶¹, nota-se essa modificação, uma vez que o STF entendeu que o Estado do Alagoas não poderia ser obrigado a fornecer medicamento que não se encontrava

54 BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado – RDE*, n. 3, p. 17-54, jul./set. 2006.

55 MOREIRA, Eduardo Ribeiro. A possibilidade de controle judicial das políticas públicas. In: FIGUEIREDO, Marcelo. (Coord.). *Novos Rumos para o Direito Público – Reflexões em Homenagem à professora Lúcia Valle Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 172.

56 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 93.

57 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 93.

58 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 93.

59 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 93.

60 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 93-94.

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão da Tutela Antecipada STA 91/AL*. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139898/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-91-al-stf>>. Acesso em: 24 set. 2017.

na lista do SUS, apesar de ele se encontrar registrado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). A partir desse julgamento verifica-se o posicionamento hermenêutico do Supremo Tribunal Federal em se utilizar de argumentos econômicos e limitação orçamentária justamente para limitar o exercício e a efetivação do direito fundamental à saúde.

O solipsismo dos ministros do Supremo Tribunal Federal fica evidente no julgamento da demanda acima mencionada, já que criam livremente interpretações e entendimentos para afastar a responsabilidade do estado em garantir o direito à saúde. O problema da discricionariedade judicial tem sua origem bem definida em Kelsen e Hart, já que tinha “o objetivo, ao mesmo tempo, de resolver um problema considerado insolúvel, representado pela razão prática eivada de solipsismo [...], e de reafirmar o modelo de regras do positivismo, no interior do qual os princípios (gerais do direito) – equiparados a valores – mostravam-se como instrumentos para a confirmação desse fechamento”⁶².

O STF promoveu a audiência pública de nº 04⁶³ sob a argumentação de elaborar mecanismos e critérios para servirem de paradigmas às decisões judiciais brasileiras, sob o pretexto de evitar decisões subjetivas e garantir segurança jurídica. A audiência ocorreu nos meses de abril e maio de 2009. Os principais pontos discutidos nela foram: a) responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; b) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; c) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; d) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; e) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS; f) Fraudes ao Sistema Único de Saúde.

Na audiência discutiu-se a necessidade de transferência de atribuições aos municípios de obrigações frente ao direito à saúde que originalmente pertenciam aos Estados e a União, o que para o Ministro Gilmar Mendes, anseia por uma reavaliação institucional destes.

Como reflexos das discussões na audiência Pública, no julgado AIAR n. 553.712/RS⁶⁴, o relator, Ministro Ricardo Lewandowski ressaltou o entendimento da Corte, exarado em julgados já mencionados, no sentido de que o Poder Público, independentemente do ente federativo brasileiro, não pode mostrar-se indiferente aos problemas da saúde no Brasil. Nesse julgado ratificou-se o entendimento de que todos os entes federativos são destinatários diretos da regra contida no art. 195 da CR/88.

Importante ressaltar que as audiências públicas realizadas não asseguram a democraticidade do provimento jurisdicional, haja vista que se trata de técnica processual utilizada para demonstrar apenas formalmente a participação popular no debate do tema judicialização do direito à saúde. O apontamento crítico que ora se apresenta justifica-se, inicialmente, no fato de que não foi assegurado amplamente a participação popular nas respectivas audiências, uma vez que não se verifica um debate em que todos os interessados pudessem debater a formação do mérito processual. Além disso, os pontos controversos debatidos não foram racionalmente enfrentados pelos julgadores no ato de decidir, considerando-se que foi um meio de ratificar entendimento anteriormente sedimentado pelo Supremo Tribunal. Dessa forma, fica evidente a impossibilidade objetiva de obter uma resposta do órgão julgador que coincida com as diretrizes propostas pela hermenêutica constitucional que preza pela interpretação extensiva e democrática dos direitos fundamentais como forma de assegurar a inclusão e proteção integral das pessoas.

62 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 97.

63 MACHADO, Tereza Robichez de Carvalho. Judicialização da saúde: analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Bioética*, p. 561-568, 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n3/v22n3a20.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2017.

64 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no agravo de instrumento. n. 553.712/RS, relator, Ministro Ricardo Lewandowski, *Diário de Justiça Eletrônico*, 19 de maio de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595522>Acesso em: 20 set. 2017.

No caso de medicamentos de alto custo, em 17 de março de 2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgou as Suspensões de Tutela (STA) ns. 175, 211 e 278, as Suspensões de Segurança n.º 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355 e da Suspensão de Liminar (SL) n. 47, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Essas ações foram interpostas pela Administração Pública em virtude de sua condenação em decisões judiciais que determinaram ao Sistema Único de Saúde (SUS) o fornecimento de medicamentos de alto custo e tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves⁶⁵.

Em sua relatoria, o Ministro Gilmar Mendes assinalou a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil, apresentando alguns parâmetros a serem analisados no caso concreto. Esclareceu a necessidade de se avaliar as especificidades do caso e todos elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida, analisando a existência ou não de uma política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte⁶⁶.

Segundo o relator, se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do Sistema Único de Saúde (SUS), “é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal de sua dispensação”. No caso de condenação do Estado ao fornecimento de medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), o que é vedado pelo art. 12 da Lei n. 6.360/1976 e coloca em risco a saúde pública, entende o relator que não deve ser concedido⁶⁷.

Assinala ainda Gilmar Mendes que outro ponto a ser analisado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinado remédio ou tratamento pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Nessa hipótese, podem ocorrer duas situações: “1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem tratamento específico para determinada patologia.” Na visão do Ministro, se o SUS fornece tratamento semelhante, não pode o paciente pleitear tratamento diverso e ainda com ônus maior para o Estado, devendo ser ele o tratamento oferecido. Agora, se esse tratamento, em razão específica do organismo do paciente demonstrar-se ineficaz mediante prova cabal, poderá ter o pleito atendido⁶⁸.

Ponderou ainda Gilmar Mendes acerca da necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. No tocante aos novos tratamentos que ainda não foram incorporados pelo SUS, deve-se verificar se não se trata de tratamentos experimentais, os quais o Estado não deve conceder em seu entender. No que diz respeito à omissão administrativa no tratamento de determinada patologia, entende o Ministro que essa hipótese poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. Afirmou, também, que a responsabilidade dos entes da federação é solidária⁶⁹.

Em síntese, observa-se que, no âmbito da STA 175⁷⁰, o Ministro Gilmar Mendes aduziu que impor ao Estado o financiamento de todas as prestações na área da saúde acarretaria problemas no comprometimen-

65 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Poder Público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, decide o Plenário do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125>>. Acesso em 24 set. 2017.

66 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Poder Público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, decide o Plenário do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125>>. Acesso em 24 set. 2017.

67 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Poder Público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, decide o Plenário do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125>>. Acesso em 24 set. 2017.

68 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Poder Público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, decide o Plenário do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125>>. Acesso em 24 set. 2017.

69 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Poder Público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, decide o Plenário do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125>>. Acesso em 24 set. 2017.

70 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravamento Regimento, Suspensão de tutela antecipada 175/CE. Relator: Gilmar Mendes. *Diário de Justiça Eletrônico*, 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

to do SUS como um todo. Isso prejudicaria, de maneira geral, o atendimento, o tratamento da população que possui mais necessidades. Enunciou ainda que, nesses termos, deverá ter preferência o tratamento disponibilizado pelo SUS em detrimento do escolhido pelo usuário, porém em ocorrência da ineficácia da política pública de saúde deverão ser levados à revisão periódica dos protocolos existentes e à formulação de novos para a devida prestação⁷¹.

Novamente no julgamento do caso referente aos medicamentos de alto custo prevaleceu o protagonismo judicial dos ministros do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que outros argumentos racionais sequer foram apresentados e debatidos judicialmente. O debate do mérito processual concentrou-se na autoridade dos julgadores, que fundados em juízos apriorísticos, de uma hermenêutica que privilegia a interpretação unilateral do julgador, mantiveram o entendimento de que deve prevalecer a premissa da escassez dos recursos públicos como justificativa para limitar o acesso ao direito à saúde.

Os destinatários do provimento final foram excluídos do debate processual, contrariando a proposição teórica de que a democraticidade do conteúdo de mérito de uma ação coletiva deve assegurar que todos os sujeitos afetados pelos efeitos jurídicos da decisão sejam seus coautores. Para Vicente de Paula Maciel Júnior, as ações coletivas como ações temáticas permitem “a participação dos legitimados na formação do provimento, resgatando às partes (interessados difusos), o direito de participação em contraditório no processo decisório que os afetará”⁷².

Também nos julgados RE 566.471⁷³ e RE 657.718⁷⁴, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, ainda não julgados, os Ministros Marco Aurélio, Luis Roberto Barroso e Edson Fachin também tentaram esmiuçar alguns parâmetros para veicular as decisões judiciais. Ressalta-se que no RE 566.471, Marco Aurélio sustentou que o reconhecimento do direito individual ao fornecimento de medicamento de alto custo não incluso em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional por parte da Administração Pública, tem como condicionante a comprovação da imprescindibilidade, ou seja, adequação e necessidade, e da impossibilidade de substituição do medicamento por outro já constante na lista do SUS, e também da incapacidade financeira do paciente ou membros de sua família⁷⁵.

Compreende o relator que, no caso de direitos sociais fundamentais como a saúde, verificada a transgressão do mínimo existencial, deve-se reconhecer a validade da atuação de juízes e tribunais em situações concretas que não foram objeto de políticas públicas. Se satisfeitos os dois critérios da imprescindibilidade do medicamento e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária do paciente em custear o medicamento, deve ser concedido independentemente do valor.

O posicionamento acima mencionado compatibiliza-se com a interpretação sistemática e inclusiva do direito fundamental à saúde, destacando-se novamente que argumentos de cunho meramente econômico e orçamentário não podem ser vistos como razões a justificar a não implementação do direito fundamental à saúde no que atine aos medicamentos de alto custo. Porém, verifica-se que o julgador cria unilateralmente novos critérios hermenêuticos para a análise do tema, excluindo-se todos os destinatários do provimento do debate jurídico e racional dos pontos controversos que integram o mérito processual, ratificando entendimento anteriormente sedimentado que privilegia o protagonismo judicial.

71 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Poder Público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, decide o Plenário do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125>>. Acesso em 24 set. 2017.

72 MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas*: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: Ltr, 2006. p. 185.

73 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 566.471. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12071365>>. Acesso em: 24 set. 2017.

74 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 657.718. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE657718.pdf>>. Acesso em 24 set. 2017.

75 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 24 set. 2017.

Em que pese o dever no Estado em conceder medicamentos e do dever de solidariedade da família, sabe-se que a análise financeira deve-se pautar nas condições do paciente e não de sua família, evitando-se uma ingerência do Estado na esfera privada. Tais critérios solitariamente criados pelos ministros do STF são utilizados para limitar e obstaculizar o acesso à saúde daquelas pessoas que necessitam de medicamentos de alto custo, confirmando entendimento anteriormente mencionado, qual seja, o solipsismo judicial como óbice a qualquer participação dos interessados na construção do mérito processual.

O ministro Barroso reproduz e adota o posicionamento atual dos demais ministros do Supremo Tribunal Federal, que se utilizam de diversas condições para obstaculizar o acesso do paciente a medicamentos de alto custo. Em seu voto-vista, Barroso pondera que:

O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS⁷⁶.

A análise de Barroso estabelece parâmetros no sentido de condensar ações judiciais advindas de direitos sociais não prestados pelo Estado. Se o medicamento consta na lista do SUS e se comprovada sua necessidade e incapacidade financeira do paciente, existe a obrigação do Estado em concedê-lo. Agora, se não foi o fármaco incorporado pelo SUS, não cabe ao Estado o fornecimento.

O ministro Barroso coloca-se como protagonista do debate processual e, fundado nas convicções de uma hermenêutica solitária e metajurídica, cria critérios para limitar o acesso aos medicamentos de alto custo e ignora qualquer tipo de participação dos interessados no provimento quanto ao debate do mérito. Utiliza-se o ministro de sua sabedoria inato-oracular para definir os critérios por ele considerados relevantes para definir a vida de inúmeros cidadãos brasileiros, sem permitir, sequer, qualquer diálogo com os sujeitos afetados diretamente por sua decisão.

Na visão de Fachin essas ações deveriam ser de natureza coletiva, sendo a tutela prestacional individual medida excepcional. Estabelece que para a concessão dessa demanda, alguns preceitos devem ser observados:

1. Prévio requerimento administrativo, que pode ser suprido pela oitiva de ofício do agente público por parte do julgador;
2. Subscrição realizada por médico da rede pública ou a justificada impossibilidade;
3. Indicação do medicamento por meio da Denominação Comum Brasileira ou DCI – Internacional;
4. Justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento ou tratamento dispensado na rede pública;
5. E ainda laudo ou formulário ou documento subscrito pelo médico responsável pela prescrição, em que indique a necessidade do tratamento, seus efeitos, e os estudos da Medicina Baseada em Evidências, além das vantagens para o paciente, comparando-o, se houver, com eventuais fármacos ou tratamentos fornecidos pelo SUS para a mesma moléstia⁷⁷.

Importante observar que a discussão coletiva promoverá um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas, em virtude dos legitimados ativos (Ministério Público, Defensoria Pública e Associa-

76 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 24 set. 2017.

77 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 24 set. 2017.

ções) deterem melhores condições de colacionar elementos probatórios. Isso possibilitará uma redução na quantidade de processos e uma discussão mais ampla da temática. Em contrapartida, no atual modelo de processo coletivo vigente, centrado no sistema representativo, os destinatários do provimento ficarão afastados do debate meritório. Ou seja, a invisibilidade dos sujeitos afetados pelos efeitos da decisão judicial será confirmada, considerando-se que novamente serão excluídos do debate processual. A “intensidade das indagações expostas, cabe referência à audiência pública realizada pelo STF”⁷⁸, objetivando a implementação do processo coletivo pautado no sistema participativo.

Verifica-se no entendimento do ministro Fachin entendimento hermenêutico no sentido de hierarquizar direitos fundamentais, tendo em vista que coloca o direito coletivo à saúde numa posição de destaque em relação ao direito individual à saúde. Tal posicionamento deve ser cuidadosamente analisado, uma vez que o pressuposto jurídico-democrático de que os direitos fundamentais devem ser interpretados de forma ampla e igual para todas as pessoas, incluindo-se os pacientes que necessitam de medicamento de alto custo.

No caso do RE 657.718⁷⁹ que versa sobre fármacos sem registros na ANVISA e tratamentos experimentais ou paliativos, o relator Ministro Marco Aurélio explicitou a imprescindibilidade do registro ou cadastro como condição para concessão do medicamento, vez que a Agência fiscalizadora monitora a segurança, a eficácia e a qualidade terapêutica do produto. E, não havendo o registro, a inadequação é presumida e, logo, o medicamento tem a comercialização proibida, por lei, no país⁸⁰.

O protagonismo judicial fica mais uma vez evidente no entendimento do relator Ministro Marco Aurélio, uma vez que cria seus próprios critérios de julgamento, ignora o diálogo com os destinatários do provimento, decidindo o caso conforme suas convicções. Para Rosemiro Pereira Leal, “essa insólita ciência do direito formadora de uma jurisprudência dos conceitos, jungida a uma jurisprudência de interesses, por uma ordem concreta de valores colhida na realidade pelo talento do decisor, é que tem dificultado o ensino jurídico pós-moderno”⁸¹.

Barroso explicita em seu voto que, como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Anvisa por decisão judicial, já que esse registro, além de atestar a eficácia, a segurança e a qualidade dos fármacos comercializados no país, garante o devido controle de preços. Contudo, o Ministro faz ressalvas em relação aos medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, que se encontram em fase de pesquisas e testes. Alega que não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los, embora eles possam ser objetos de análises em programas de testes clínicos, no caso de acesso expandido ou de uso compassivo mediante concessão administrativa nos termos da legislação aplicável⁸².

Novos critérios hermenêuticos são solitariamente expostos pelo julgador como ferramenta utilizada para sucumbir o exercício do direito fundamental à saúde. Privilegia-se a autoridade do decisor, que fundado em suas convicções pessoais, decide vida de inúmeras pessoas sem permitir qualquer diálogo processual com as mesmas, embora todas sofrerão os efeitos jurídicos diretos do provimento final.

No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na Anvisa, entende o Ministro que se trata de caso excepcional e o seu fornecimento somente poderá ocorrer quando houver irrazoável mora da Anvisa em apreciar o pedido (entendendo que o prazo seria o superior a 365 dias). Mas, três requisitos deveriam ser satisfeitos nesta hipótese: a) a existência de pedido

78 FERREIRA, Juliana Maria Matos. *Teoria do Processo Coletivo no Modelo Participativo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 144.

79 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 657.718. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/externo/RE657718.pdf>>. Acesso em 24 set. 2017.

80 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 24 set. 2017.

81 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. p. 66.

82 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 24 set. 2017.

de registro do medicamento no Brasil; b) registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior e; c) a não existência de substituto terapêutico registrado na Anvisa. E acrescenta, ainda, que o polo passivo da ação será somente a União, já que a Anvisa constitui uma autarquia federal⁸³.

A utilização de critérios abertos, como a expressão “razoabilidade”, são frequentemente mencionados nas decisões judiciais, com o condão de robustecer ideologicamente a autoridade do julgador, que não mede esforços para construir uma hermenêutica que exclui pessoas e as afastam do exercício dos direitos fundamentais expressamente previstos no plano constituinte.

Já o Ministro Fachin compreende que “na ambiência da pesquisa médica, a relação entre os pacientes e os pesquisadores é de ordem comutativa e o Estado, nesse momento peculiar, deve garantir, dentre outros, a plena autonomia da vontade do paciente e o respeito integral a seus direitos”⁸⁴. Em seu entender, no âmbito da política de assistência à saúde, deve o Estado prever, como norma geral, a vedação da dispensação, do pagamento, do ressarcimento ou do reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa, isso porque as situações em que a ameaça à saúde vulnera o direito à vida, a demanda judicial toca um pedido de dignidade.

No voto do Ministro Fachin visualiza-se uma tentativa de participação dos destinatários do provimento na sua construção, algo que não ocorre, mesmo sabendo-se que o julgador mencionou rapidamente em seu voto a importância da autonomia da vontade do paciente em livremente escolher o medicamento que utilizará no seu tratamento terapêutico. A invisibilidade dos destinatários do provimento novamente se confirma, prevalecendo a hermenêutica solitária, autocrática e fundada nos parâmetros que o decisor entende mais coerentes ao caso concreto.

Apresentados esses parâmetros assinalados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, passa-se a ponderação e críticas a despeito das políticas apresentadas.

5.2. A perigosa fixação de parâmetros para casos jurídicos envolvendo a judicialização da saúde.

Quando o Estado deixa de formular políticas públicas de saúde ou quando ele não as adimple, de forma a garantir o bem-estar físico e psíquico em favor da população, que é titular desse direito público subjetivo de estatura constitucional, incumbe-se ao Judiciário essa honrosa tarefa. Compete ao Estado a função de garantir o cumprimento das leis vigentes e a efetivação do direito fundamental à saúde e à vida.

Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz, ao propor um debate crítico sobre a proibição do *non liquet* no contexto do princípio da infastabilidade do controle jurisdicional, evidencia que o magistrado jamais poderá se esquivar de julgar um caso concreto sob o argumento de que não há comando legal para reger a situação concreta. Ou seja, a ausência de norma específica regulamentando a problemática do fornecimento estatal de medicamentos de alto custo não constitui óbice ao exercício do direito fundamental à saúde. O papel do judiciário é interpretar extensivamente os direitos fundamentais previamente previstos no plano constituinte, de modo a garantir a dignidade humana a todos. O magistrado, em qualquer instância do judiciário, tem que resolver e julgar a questão a ele submetida, interpretando-a sob a ótica do princípio da supremacia da constituição⁸⁵.

Contudo, sob a premissa dos efeitos da judicialização da saúde, não pode haver a fixação de parâmetros sem basilar a estrutura concreta do caso em si. Por mais que haja similitude entre os casos, eles podem não

83 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 24 set. 2017.

84 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 24 set. 2017.

85 KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do *non liquet* e o princípio da infastabilidade do controle jurisdicional. *Revista de Direito Administrativo FGV*, v. 270, p. 171-205, 2015.

ser idênticos e tratar essa matéria à luz de precedentes judiciais, julgando as demandas a partir de outros casos semelhantes, poderá causar riscos aos indivíduos quanto ao exercício do direito fundamental à saúde.

Outra questão relevante nesse contexto diz respeito à proibição de retrocesso na fundamentação jurídico-constitucional das demandas referentes aos direitos sociais. A partir das proposições trazidas por Ingo Wolfgang Sarlet⁸⁶, o aumento cada vez maior de demandas por prestações sociais (demandas típicas das sociedades marcadas pelo incremento da exclusão social), frente ao decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sociedade, não podem ser critérios utilizados para interpretar restritivamente o direito fundamental à saúde e, assim, utilizar-se do judiciário como ferramenta de negativa de direitos já consagrados por meio de conquistas histórico-sociais. Nesse sentido, toda decisão judicial que nega o fornecimento de medicamento de alto custo, fundado na escassez de recursos estatais, exterioriza uma interpretação constitucional dos direitos fundamentais contrariamente ao princípio da proibição do retrocesso.

A demandas judiciais referentes ao direito à saúde apresentam números extravagantes, já que, segundo o Ministério da Saúde, o fornecimento de medicamentos e insumos para cumprimento de provimentos jurisdicionais passaram de cerca de R\$ 2,5 milhões, em 2005; R\$ 266 milhões em 2011; R\$ 843 milhões no ano de 2014⁸⁷. Mesmo diante desse cenário, o Judiciário não pode ser a instituição que limitará o exercício do direito fundamental à saúde, utilizando-se de critérios metajurídicos (aspectos econômicos e orçamentários) para justificar o indeferimento dos pedidos de medicamentos de alto custo e outros procedimentos médicos indispensáveis à dignidade humana das pessoas.

“A teoria constitucional elaborada a partir de uma constituição que contenha um sistema de normas jurídicas prevendo direitos fundamentais não está autorizada a entregar a concretização legal desses direitos à livre administração dos processos democráticos”⁸⁸. Ou seja, o judiciário não pode ser visto como o recinto de exercício de ampla liberdade de interpretação dos direitos fundamentais a partir dos critérios axiológicos e metajurídicos escolhidos unilateralmente pelos julgadores. Pelo contrário, a interpretação dos direitos fundamentais no Estado Democrático deve-se pautar na premissa da inclusão e da dignidade humana. Todo direito fundamental interpretado casuisticamente para limitar, suprimir ou inviabilizar a proteção da pessoa humana contraria as proposições teórico-normativas trazidas pelo direito democrático.

Marcelo Campos Galuppo⁸⁹ elucida ainda mais a temática debatida ao afirmar que “os Direitos Fundamentais representam a constitucionalização daqueles Direitos Humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história dos discursos morais, que são, por isso, reconhecidos como condições para a construção e o exercício dos demais direitos”. Nesse sentido, verifica-se que os critérios hermenêuticos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, no que atine aos medicamentos de alto custo, sinalizam uma interpretação pautada na premissa da escassez de recursos como referencial para a interpretação restritiva do direito fundamental à saúde. Considerando-se que tal direito é líquido e certo, ao judiciário cabe o papel de determinar ao Estado o seu cumprimento como forma de assegurar aos indivíduos o exercício da cidadania e sua proteção integral. Qualquer interpretação em sentido contrário constitui afronta ao constitucionalismo democrático, reflexo de sólidas conquistas realizadas ao longo da história da humanidade.

O alto número de demandas judiciais que buscam a efetivação do direito fundamental à saúde evidencia, com clareza, a omissão estatal quanto ao tema. Fica evidente que o Legislativo e Executivo quedam-se inertes frente às suas responsabilidades primordiais e a população exige do Judiciário a efetivação de seus direitos. Em consequência, o Judiciário passa a atuar como protagonista social e as decisões individuais acabam por impactar em toda a estrutura do Estado.

86 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 409-412.

87 BRASIL. Ministério da Saúde. *Ações judiciais comprometem política de saúde*. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.sinmed-mg.org.br/visualizacao-de-noticias/ler/7032/acoes-judiciais-comprometem-politica-de-saude>>. Acesso em: 10 set. 2017.

88 MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 147.

89 GALUPPO, Marcelo Campos. *O que são Direitos Fundamentais?* Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Coordenação José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 233.

“A constituição, como obra, institui a baliza normativa segundo definido pela ação do poder constituinte; por outras palavras, a constituição controla a adequação entre uma realidade fática e uma realidade normada (jurídica)⁹⁰. O princípio da supremacia da constituição⁹¹, interpretado a partir de premissas democráticas, é o referencial racional-objetivo de entendimento do tema objeto da presente pesquisa. Qualquer interpretação restritiva no sentido de limitar o exercício do direito à saúde, fundado em argumentos atrelados à escassez de recursos públicos, constitui afronta à proposta do legislador constituinte, que trouxe no texto da constituição brasileira de 1988 proposições normativas voltadas à inclusão e proteção integral das pessoas mediante a implementação de todos os direitos fundamentais previstos no plano constituinte.

A concessão de medicamentos de alto custo é uma forma de assegurar dignidade às pessoas que não dispõem de condições econômico-financeiras de arcar com o pagamento de seu tratamento, devendo o Judiciário determinar que o Estado garanta tal direito aos seus cidadãos, indistintamente.

Repensar os mecanismos de concessão de medicamentos e tratamentos na área da saúde, especialmente os de alto custo, constitui uma medida urgente, mas há que se ter ponderação na estruturação de paradigmas, evitando-se criar estereótipos em fatores cuja caracterização não permite esse tipo de fixação. Tais afirmações justificam-se porque com a constituição brasileira de 1988

um novo marco teórico foi instituído e a partir daí o denominado Estado de Direito Democrático (art. 1., CR/88), apresentou um projeto de democracia estruturado por princípios de direitos fundamentais, com aplicação imediata (art. 5., parágrafo 1., da CR/88), e uma operacionalidade posta à disposição do cidadão (eixo desse projeto), entendido como construtor e reconstrutor do seu próprio ordenamento jurídico, por intermédio de procedimentos de participação popular e ações processuais constitucionais⁹².

A primeira questão a ser discutida é sobre a necessidade de se promover ações coletivas para garantia desses direitos. Isso porque a discussão coletiva promoverá um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas, em virtude dos legitimados ativos (Ministério Público, Defensoria Pública e Associações) deterem condições de colacionar elementos probatórios para provar os fatos constitutivos do direito objeto de processo judicial.

A utilização do processo e das ações coletivas como espaço de implementação de política pública de fornecimento de medicamento de alto custo em favor de pessoas acometidas por determinadas doenças é um meio de desafogar o Judiciário, evitando-se a proliferação de demandas individuais sobre o mesmo tema. A decisão judicial proferida na ação coletiva teria efeitos *erga omnes*, beneficiando-se indistintamente todos os sujeitos. Nesse sentido, o processo coletivo deve ser visto como um *locus* de ampla discursividade do provimento por todos os interessados difusos e coletivos, pois é um meio de concretizar o exercício dos direitos fundamentais (individuais e coletivos) previstos no plano constituinte, já que, nos dizeres de Juliana Maria Matos Ferreira⁹³, “a técnica procedimental coletiva deve se adequar para permitir a participação dos interessados coletivos, a fim de que, pelo devido processo legal possam construir a decisão, em contraditório, que definirá o conflito de interesses existente”.

Nessa perspectiva, as tutelas de prestação à saúde realizariam uma macrojustiça na medida em que na esfera coletiva há uma maior locação de recursos e possibilidades de definição de prioridades em caráter geral. A utilização da tutela coletiva é um meio de ampliar os efeitos das decisões que reconhecem o direito aos medicamentos de alto custo, tendo em vista que “é por intermédio da Constituição que o sistema da política ganha legitimidade operacional e é também por meio dela que a observância do Direito pode ser imposta de forma coercitiva”⁹⁴.

90 PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional Democrático: Controle e Participação como Elementos Fundantes e Garantias da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

91 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 115-118.

92 DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 101.

93 FERREIRA, Juliana Maria Matos. *Teoria do Processo Coletivo no Modelo Participativo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 127.

94 CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Outra questão relevante quanto ao tema em tela diz respeito à compreensão acerca da responsabilidade solidária dos entes Federativos. Embora produza impactos positivos para a concretização desses direitos, há que se vislumbrar os limites orçamentários de Municípios e alguns Estados da Federação. Por isso, a ação judicial que tem como objeto o fornecimento de medicamento de alto custo deve ser proposta em face da União, que é o ente que possui melhores condições de resguardar esse direito fundamental.

A propositura da ação judicial de fornecimento de medicamento de alto custo em face da União é uma maneira de afastar à clássica e dogmática justificativa da escassez de recursos públicos, principalmente quando a parte demandada é o município ou o estado federado. Em razão da conduta omissiva do executivo, o poder judiciário deve ser visto como o espaço que legitima a implementação de políticas públicas, tendo em vista que “no plano democrático constitucionalizado, as políticas públicas aparecem como exigências do cidadão à efetivação dos direitos fundamentalizados⁹⁵”. Ou seja, “as políticas públicas devem ser identificadas na democracia com a possibilidade de qualquer cidadão (sujeito ativo) na implantação e execução (efetivação) dos direitos fundamentalizados⁹⁶”.

No caso dos medicamentos constantes na lista do SUS, tal como ponderou os Ministros Barroso e Fachin em seus votos nos RE’s 566.471 e 657.718, a concessão deve ser imediata, uma vez que já houve o exame minucioso para inserção do medicamento na tabela, não se justificando o indeferimento por fatores orçamentários. Agora, aqueles fármacos não constantes na lista deverão ser objeto de ação coletiva, de modo a evidenciar que aquele medicamento que não possui substituto terapêutico deve ser incorporado pelo SUS ou deve ser dispensado a certo grupo de pessoas que ostenta o mesmo diagnóstico, desde que provada a eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências.

O entendimento preconizado pelos Ministros Barroso e Fachin referente aos fármacos não constantes na lista do SUS, exigindo-se a propositura de uma ação coletiva, contraria o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, haja vista que limita o direito individual de acesso à justiça (ofensa ao artigo 5. Inciso XXXV Constituição brasileira de 1988). A aporia (dúvida racional acerca do critério hermenêutico utilizado) levantada evidencia a utilização de hermenêutica que restringe a interpretação do direito fundamental à saúde, suprime o direito individual de acesso à justiça, atenta contra a liberdade de escolha do paciente optar por determinado tratamento terapêutico. Ou seja, esse entendimento adotado pelo judiciário retira do jurisdicionado individualmente a possibilidade de pleitear o exercício do direito fundamental à saúde, obrigando-o a suportar a inércia e a morosidade dos legitimados ativos à ação coletiva, que nem sem atuarão no tempo e da forma adequada a proteger juridicamente paciente determinado.

A legislação brasileira esboça a imperiosidade do registro do fármaco como condição para industrialização, comercialização e importação para fins comerciais⁹⁷. Nesse sentido, para que um remédio seja comercializado ou produzido no país, deve a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, no exercício de sua competência fiscalizatória, monitorar a segurança, a eficácia e a qualidade terapêutica do produto.

Decerto que os medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária podem implicar em sérios riscos à saúde dos pacientes, uma vez que não se trata de mero procedimento burocrático, mas de um órgão cuja função essencial pauta-se no controle, fiscalização de procedimentos e produtos inerentes à área da saúde. Para tanto, as legislações infraconstitucionais⁹⁸ disciplinam os aspectos mais relevantes acerca do fornecimento de medicamentos e estabelecem os parâmetros de controle e toda a sistemática procedimental. Com isso, objetiva-se que o medicamento seja seguro, eficaz e de qualidade. Vale dizer, não apresente riscos ao ser humano, atue no combate à doença e seja fabricado mediante as observações legais. Daí essa necessidade de deferência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não sendo, pois, concebível

Jurisdição e Hermenêutica Constitucional. Coordenação Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 25.

95 PENNA, Saulo Versiani. *Controle e Implementação Processual de Políticas Públicas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 211-212.

96 PENNA, Saulo Versiani. *Controle e Implementação Processual de Políticas Públicas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 215.

97 Art. 12, Lei nº 6.360/1976.

98 Lei nº 6.360/1976; Lei nº 8.080/1990; Lei nº 9.782/1999

que o Estado forneça medicamentos que não estejam sob esse protocolo. Porém, a omissão estatal quanto à aprovação de comercialização pela ANVISA de determinados medicamentos não poderá constituir óbice ao direito de liberdade de escolha do paciente em buscar determinado medicamento como tratamento a sua patologia. Condicionar o tratamento médico-terapêutico escolhido pelo paciente à autorização estatal de comercialização do medicamento adequado a sua doença é uma forma de negar o direito fundamental à saúde, além de evidenciar critério de interpretação restritiva do direito fundamental à saúde.

Além desse aspecto elementar da segurança, esses medicamentos são onerosos e não necessariamente implicam em resguardar a vida do paciente; as vezes, podem se destinar a somente prolongá-la ou assegurar um tratamento paliativo. Analisando-se esse fato sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, esses medicamentos, ainda assim, deveriam ser concedidos, tendo em vista que a liberdade de escolha do paciente quanto ao tratamento terapêutico que adotará deve ser levado em consideração na interpretação hermenêutica do caso concreto.

A questão é o embate entre a garantia de um direito individual, mediante a concessão de medicamentos meramente paliativos, e o reflexo sobre a garantia do direito à saúde para os demais membros da coletividade. Autorizar individualmente a utilização de medicamento, cuja comercialização ainda não foi autorizada pela ANVISA, é uma forma de resguardar a liberdade de escolha do paciente quanto ao tratamento terapêutico escolhido e adequado ao seu caso.

Agora, se a não incorporação do medicamento adveio de inércia dos órgãos competentes, os quais não promoveram decisões expressas nos prazos legais, havendo falha ou demora na apreciação pela Anvisa, esses medicamentos devem ser concedidos, desde que averiguados os riscos à saúde do paciente e comprovada sua eficácia perante outros órgãos regulamentadores de outros países.

A jurisprudência sedimentada no Supremo Tribunal Federal procura estabelecer critérios objetivamente jurídicos para a análise das pretensões que buscam o fornecimento de medicamento de alto custo, utilizando-se de máximas generalizantes que desconsideram as peculiaridades de cada caso concreto. Em tais critérios, observa-se com muita evidência, que o direito fundamental à saúde ainda continua sendo visto e compreendido por esse tribunal sob o viés econômico e orçamentário, algo que contraria todas as proposições voltadas à interpretação do direito fundamental à saúde, baseado em critérios democráticos, inclusivos e extensivos.

Nesse sentido, o argumento de prevalência do direito coletivo à saúde não pode ser utilizado para suprimir a efetivação do direito fundamental e individual à saúde. Reconhecer esse argumento como válido é o mesmo que legitimar a interpretação restritiva, não sistemática, não inclusiva do direito fundamental à saúde, na contramão do princípio da dignidade humana, além de propugnar a hierarquização dos direitos coletivos face aos direitos individuais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais sociais transformaram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, abarcando tutela judicial específica. Diversos casos são submetidos à apreciação judicial para que se cumpra o mister constitucional de prestação universalizada dos serviços de saúde. Embora se trate de uma verdadeira missão constitucional delegada indiretamente aos juízes e tribunais, a judicialização apresenta graves problemas advindas da falta de critérios e voluntarismos diversos de decisões irrazoadas.

Os direitos fundamentais, no texto da Constituição brasileira de 1988, são proposições teórico-legislativas que devem ser interpretados de forma sistemática, integrativa, contextualizada com o caso concreto, de modo a garantir igualmente a toda pessoa a inclusão, proteção do direito à vida, liberdade, igualdade e vedação de retrocesso. O princípio da maior extensibilidade, proposto por Joaquim Carlos Salgado, estabelece

que o julgador deverá interpretar os direitos fundamentais da forma mais abrangente possível, de modo a garantir amplamente a inclusão e proteção jurídica da pessoa humana.

A saúde é um direito fundamental social, de dimensão individual e coletiva. Ao Estado cabe o dever de garantir a todos o acesso políticas públicas de saúde que sejam condizentes com o princípio da dignidade da pessoa humana. Argumentos econômicos, orçamentários e metajurídicos não podem ser utilizados como referenciais para o Judiciário justificar a não implementação e concretude do direito fundamental à saúde, considerando-se que se trata de direito corolário dos demais direitos fundamentais previstos no plano constituinte.

A omissão do executivo e do legislativo em implementar políticas públicas de saúde que sejam condizentes com o texto constitucional, amparando indistintamente todas as pessoas que dela precisarem, tem gerado um número significativo de ações judicial pleiteando individualmente o exercício de tal direito fundamental.

O judiciário brasileiro, visto sob a ótica da constitucionalidade democrática, tem o dever de garantir o exercício dos direitos fundamentais previstos no plano instituinte a todos aqueles cidadãos que tiveram tais direitos negados pelo Estado, sejam por meio de condutas comissivas ou omissivas.

Os critérios interpretativos que devem ser utilizados pelo judiciário quanto aos direitos fundamentais são essenciais ao entendimento crítico da temática em tela. O Supremo Tribunal Federal tem se utilizado de inúmeros critérios interpretativos dogmáticos para obstaculizar e limitar o exercício do direito fundamental à saúde. Teoria da reserva do possível; finitude dos recursos públicos; prevalência do direito coletivo frente ao individual; obrigatoriedade de comprovação pelo cidadão de que ele e sua família não dispõe de condições financeiras para arcar com o pagamento do medicamento e tratamento médico; obrigatoriedade de inclusão do medicamento no rol do Sistema Único de Saúde; obrigatoriedade de aprovação da comercialização de medicamento pela ANVISA são alguns dos inúmeros argumentos utilizados frequentemente para indeferir pedidos de fornecimento de medicamentos e demais procedimentos em favor dos cidadãos.

A liberdade do judiciário criar critérios interpretativos para limitar o exercício do direito fundamental à saúde reforça seu protagonismo e torna o exercício da jurisdição cada vez mais autocrático. Os ministros do Supremo Tribunal Federal criam solitariamente os critérios que entendem mais adequados ao julgamento das demandas referentes ao direito à saúde, assumindo um papel de legislador, limitando o acesso à saúde. No momento em que os julgadores ignoram o princípio da maior extensibilidade e vedação do retrocesso se autolegitimam na definição dos próprios critérios por eles considerados relevantes ao julgamento das demandas.

Tais decisões não gozam de democraticidade, tendo em vista que os ministros do STF não permitem qualquer participação dos interessados na construção do provimento final. O debate dos pontos controversos que integram o mérito processual limita-se ao pessoalismo e protagonismo dos julgadores, pois ignoram qualquer interlocução com os sujeitos que sofrerão diretamente os efeitos da decisão. O solipsismo, marcado por entendimentos unilaterais e autocráticos dos julgadores, é o que prevalece na interpretação restritiva do direito fundamental à saúde, certamente com a finalidade de limitar seu acesso aos cidadãos.

Sob a ótica da constitucionalidade democrática, o Estado tem o dever de fornecer medicamentos de alto custo, ressaltando-se que ao judiciário caberá a atribuição de interpretar tal direito de forma sistemática, constitucionalizada, democrática, integrativa, inclusiva e isonômica, garantindo-se a todos os cidadãos, indistintamente, o acesso à políticas públicas de saúde como corolário da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

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

2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado – RDE*, n. 3, p. 17-54, jul./set. 2006.

BARROSO, Luiz Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista da Procuradoria Geral da República*, Porto Alegre, v. 31, n. 66, p. 89-114, jul./dez. 2007.

BRASIL, *Lei n. 6.360, de 23 de setembro de 1976*. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, *Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 657718/MG. Relator: Marco Aurélio. Julgamento parcial em 15. Set. 2016b. *Diário de Justiça Eletrônico*, 10 jan. 2017. Disponível em: <[file:///C:/Users/Downloads/texto_97764985%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Downloads/texto_97764985%20(1).pdf)>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Ações judiciais comprometem política de saúde*. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.sinmedmg.org.br/visualizacao-de-noticias/ler/7032/acoes-judiciais-comprometem-politica-de-saude>>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Gasto com 10 remédios mais pedidos na Justiça para o SUS é de quase R\$ 1 bi* Marcelle de Souza. 6 de abril de 2017. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1317840.pdf>>. Acesso em: 20. set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 255627 AgR / RS. Relator Min. Nelson Jobim *Diário de Justiça Eletrônico*, 21 de novembro de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365054>>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45 (BRASIL, 2004) *Diário de Justiça Eletrônico* Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no agravo de instrumento. n. 553.712/RS, relator, Ministro Ricardo Lewandowski, *Diário de Justiça Eletrônico*, 19 de maio de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595522> Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no agravo de instrumento AI 238328 AgR /RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*, 16 de novembro de 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=291210>>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no agravo de instrumento AI 486816 AgR / RJ, , relator Carlos Velloso *Diário de Justiça Eletrônico*, 12 de abril de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=459860>>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no agravo de instrumento AI 597182 AgR / RS. Relator Min. Cezar Peluso. *Diário de Justiça Eletrônico* 10 de outubro de 2006, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390282>>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental, Suspensão de tutela antecipada 175/CE. Relator: Gilmar Mendes. *Diário de Justiça Eletrônico*, 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública n. 4*. Brasília, 24 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublica>>. Acesso em: 14 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 24 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Poder Público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, decide o Plenário do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125>>. Acesso em 24 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 566.471. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12071365>>. Acesso em: 24 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 657.718. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE657718.pdf>>. Acesso em 24 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471/RN. Relator: Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*, 15. Set. 2016a. Disponível em: <[file:///C:/Users/Downloads/texto_97764985%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Downloads/texto_97764985%20(1).pdf)>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 195192/RS*. Relator: Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônico*, 31 de mar. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234359>>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão da Tutela Antecipada STA 91/AL*. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139898/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-91-al-stf>>. Acesso em: 24 set. 2017.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas: IN: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio C. Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Coordenação Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. Terium Non Datur: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma Teoria da Argumentação Jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Coordenação Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 107 de 2010*. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docscnj/resolucao/rescnj_107.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2016.

- DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- DIAS, Maria Socorro de Araújo et al. Judicialização da saúde pública brasileira. 135. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 2, out. 2016. Disponível em <file:///C:/Users/Fabricio/Downloads/4012-19241-1-PB.pdf>. Acesso em 09 out. 2017.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- FARO, Júlio Pinheiro. Políticas públicas, deveres fundamentais e concretização de direitos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 3, n. 2, jul./dez. 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/Fabricio/Downloads/2161-12654-1-PB.pdf>. Acesso em: 09 out. 2017.
- FERREIRA, Juliana Maria Matos. *Teoria do Processo Coletivo no Modelo Participativo*. Belo Horizonte: D'Plácido.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *O que são Direitos Fundamentais?* Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Coordenação José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- GUERRA FILHO, Wilis Santiago. *Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. Dos Direitos Fundamentais aos Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Leopoldo Halzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. *Revista de Direito Administrativo FGV*, v. 270, p. 171-205, 2015.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- MACHADO, Tereza Robichez de Carvalho. Judicialização da saúde: analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Bioética*, p. 561-568, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n3/v22n3a20.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017.
- MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: Ltr, 2006.
- MARTINS, Urá Lobato. A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da teoria da justiça distributiva de John Rawls. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, Número Especial, 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/Fabricio/Downloads/3020-15496-1-PB.pdf>. Acesso em: 09 out. 2017.
- MATIAS, João Luis Nogueira; MUNIZ, Águeda. O poder judiciário e a efetivação do direito à saúde. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 1, jan./jun. 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/Fabricio/Downloads/3377-15381-2-PB.pdf>. Acesso em: 09 out. 2017.
- MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MELO, José Tarcísio de Almeida. *Direito Constitucional do Brasil*. 30. ed. rev e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- MOREIRA, Bárbara Antonina E. de Campos; FERNANDES, Bianca de Menezes; RIBEIRO, Brenda Senna Guimarães. O direito à saúde sob a ótica da hermenêutica dos direitos fundamentais. In: DAMASCENO, Maria Helena; MEGALE, Silva (Org.). *Horizontes Hermenêuticos*. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2012.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. A possibilidade de controle judicial das políticas públicas. In: FIGUEIREDO, Marcelo. (Coord.). *Novos Rumos para o Direito Público – Reflexões em Homenagem à professora Lúcia Valle Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MOURA, Emerson Affonso da Costa Moura; ORDACGY, Fabrizia da Fonseca Passos Bittencourt. Direito à Saúde, políticas públicas do Sistema Único de Saúde e acesso ao serviço público hospital e ambulatorial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 4, n. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/Fabricio/Downloads/2628-13625-1-PB.pdf>. Acesso em: 09 out. 2017.

NOGUEIRA, Marcia Coli. *Medicamentos sem registro: legislação, causas para a demanda, danos à saúde e consequências para a gestão*. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS, 2015. Col. Para entender a gestão do SUS.

NUNES, José Avelãs; SCARFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PENNA, Saulo Versiani. *Controle e Implementação Processual de Políticas Públicas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PEPE, Vera Lúcia Edais et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, v. 5, n. 15, p. 2405-2414, abr. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v15n5/v15n5a15>. Acesso em: 10 set. 2017.

PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 5, Número Especial, 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/Fabricio/Downloads/3096-15493-1-PB.pdf>. Acesso em: 09 out. 2017.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional Democrático: Controle e Participação como Elementos Fundantes e Garantidores da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

POMPEU, Carolina. *Gastos da União com demandas judiciais de saúde crescem 500%*. 15 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/gastos-da-uniao-com-demandas-judiciais-de-saude-crescem-500-439sjmi7gq0wwarfocypkl5tl>. Acesso em: 20 set. 2017

ROCHA, Aristides Almeida; CESAR, Chester Luiz Galvão; RIBEIRO, Helena. *Saúde Pública: Bases conceituais*. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Mandamentos, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. A revista *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização* classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a equipe editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Equipe Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas *ad hoc*.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

A evolução da comunicação científica e da transmissão de conhecimentos possibilitou ao UniCEUB a criação de meios para o intercâmbio de idéias entre pares e a disseminação de informações.

As novas tecnologias da informação produzem sensíveis alterações nos processos de comunicação científica. Atualmente, a editoração das publicações acadêmicas do UniCEUB é informatizada em todas as suas etapas, com a utilização da plataforma SEER, Sistema de Editoração Eletrônico de Revistas. A aplicação do SEER permitiu acrescentar, no processo editorial, a avaliação dos pareceristas ad hoc e deu aos membros dos comitês editoriais e aos editores condições para consolidar a produção científica no UniCEUB e difundi-la por meio dos periódicos acadêmicos em mídia impressa e eletrônica.

Todas as edições das publicações científicas do UniCEUB estão disponíveis no site www.publicacoes-academicas.uniceub.br, com infraestrutura para acesso livre.

O UniCEUB publica as seguintes revistas:

- Revista Brasileira de Políticas Públicas
- Revista de Direito Internacional
- Universitas Arquitetura e Comunicação Social
- Universitas Ciências da Saúde
- Universitas Gestão e TI
- Universitas Humanas
- Universitas JUS
- Universitas Relações Internacionais



Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as

normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresentação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

Envio dos trabalhos:

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico www.rdi.uni-ceub.br

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a revista Revista Brasileira de Políticas Públicas passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

V. 7, nº3