



**ANAI DE ARTIGOS COMPLETOS  
VOLUME 1**

**V CONGRESSO  
INTERNACIONAL DE DIREITOS  
HUMANOS DE COIMBRA  
uma visão transdisciplinar**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)

Série Simpósios do V CIDHCoimbra 2020  
ISBN 978-65-89537-01-4

# V CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR

## ORGANIZAÇÃO:



<http://www.inppdh.com.br>



<http://igc.fd.uc.pt/>

**VITAL MOREIRA  
JÓNATAS MACHADO  
CARLA DE MARCELINO GOMES  
CATARINA GOMES  
CÉSAR AUGUSTO RIBEIRO NUNES  
LEOPOLDO ROCHA SOARES  
(Organizadores)**

**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS DO V  
CIDHCoimbra 2020  
VOLUME 1**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)

**1ª edição**

**Campinas / Jundiaí - SP - Brasil  
Editora Brasília / Edições Brasil / Editora Fibra  
2021**

© Editora Brasília / Edições Brasil / Editora Fibra - 2021

Supervisão: César Augusto Ribeiro Nunes  
Capa e editoração: João J. F. Aguiar  
Revisão ortográfica: os autores, respectivamente ao capítulo  
Revisão Geral: Comissão Organizadora do V CIDHCoimbra 2020

Conselho Editorial Editora Brasília: César Ap. Nunes, Leopoldo Rocha Soares, Daniel Pacheco Pontes, Paulo Henrique Miotto Donadeli, Elizabete David Novaes, Eduardo Antônio da Silva Figueiredo, Egberto Pereira dos Reis

Conselho Editorial Edições Brasil: João Carlos dos Santos, Dimas Ozanam Calheiros, José Fernando Petrini, Teresa Helena Buscato Martins.

Conselho Editorial Editora Fibra: Dra. Maria Cristiani Gonçalves Silva (INPPDH), Dr. Francisco Evangelista (UNISAL), Ms. Jean Camoleze (CEDEM-Unesp-Casa do Povo), Dr. Jorge Alves de Oliveria (SEE-SP), Dr. Sidnei Ferreira de Vares (UNIFAI), Dr. Thiago Rodrigues (UNIFAI), Ms. Guilherme de Almeida (INPPDH), Dra. Daniela Ferreira (OBVIE-UP-Portugal), Dra. Louise Lima (OBVIE-UP-Portugal), Dr. Emerson Vicente da Cruz (UB/OAC-Barcelona-Espanha).

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9610 de 19/02/1998. Todas as informações contidas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos autores.

As figuras deste livro foram produzidas pelos autores, sendo exclusivamente responsáveis por elas. A imagem da capa foi obtida na Adobe Stock por João J. F. Aguiar.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida ou transmitida por qualquer meio, sem previa autorização por escrito das editoras. O mesmo se aplica às características gráficas e à editoração eletrônica desta obra. Não é permitido utilizar esta obra para fins comerciais. Quando referenciada, deve o responsável por isto fazer a devida indicação bibliográfica que reconheça, adequadamente, a autoria do texto.

Cumpridas essas regras de autoria e editoração, é possível copiar e distribuir essa obra em qualquer meio ou formato

Alguns nomes de empresas e respectivos produtos e/ou marcas foram citadas apenas para fins didáticos, não havendo qualquer vínculo das mesmas com a obra.

A editora, os organizadores e os autores acreditam que todas as informações apresentadas nesta obra estão corretas. Contudo, não há qualquer tipo de garantia de que o uso das mesmas resultará no esperado pelo leitor. Caso seja(m) necessária(s), as editoras disponibilizarão errata(s) em seus sites.

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

N9221a Nunes, César Augusto R.

Anais de Artigos Completos do V CIDHCoimbra 2020 - Volume 1 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs.) [et al.] – Campinas / Jundiaí: Editora Brasília / Edições Brasil / Editora Fibra, 2021.

531 p. Série Simpósios do V CIDHCoimbra 2020

Inclui Bibliografia

ISBN: 978-65-89537-01-4 / 978-65-86051-31-5

1. Direitos Humanos I. Título

CDD: 341

Publicado no Brasil / Edição eletrônica  
contato@edicoesbrasil.com.br / contato@editorafibra.com.br  
contato@edbrasilica.com.br

# V CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: uma visão transdisciplinar

13 a 15 de Outubro de 2020 – Coimbra/Portugal

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)

## VOLUME 1 - Composição dos Simpósios:

<b>Simpósio Interdisciplinar</b>
SESSÃO INTERDISCIPLINAR
<b>Coordenadores:</b> Thaís Cossetti, Luís Lopes Pinheiro, Regina de Cássia Bergamaschi Bley, Guilherme de Almeida Prazeres, Eliana Franco Neme e Roberta Cristina Paganini Toledo
<b>Simpósio nº. 1</b>
DIREITOS HUMANOS NA ERA CIBERCULTURAL: DISTOPIA, POLÍTICA E DEMOCRACIA
<b>Coordenadores:</b> Aparecida Luzia Alzira Zuin e Jorge Luiz de Moura Gurgel do Amaral
<b>Simpósio nº. 2</b>
DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS: A INCLUSÃO DA DIFERENÇA
<b>Coordenadores:</b> Pedro Oliveira e Patrícia dos Santos Azevedo
<b>Simpósio nº. 3</b>
NOVAS TECNOLOGIAS E DIREITO: OS DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO
<b>Coordenadores:</b> Gustavo Santos Gomes de Souza e Marcelo Specian Zabotini
<b>Simpósio nº. 5</b>
DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS E(M) CRISE DE EFETIVIDADE: ANÁLISE DE INSTITUTOS DE DIREITO PÚBLICO E DE DIREITO PRIVADO
<b>Coordenadores:</b> Sérgio Henriques Zandona Freitas e Adriano da Silva Ribeiro
<b>Simpósio nº. 6</b>
DIREITOS HUMANOS E OS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS
<b>Coordenadores:</b> Pablo Ronaldo Gadea de Souza e Guilherme Tadeu Berriel da Silva Oliveira

ISBN: 978-65-89537-01-4

## COMISSÃO CIENTÍFICA DO V CIDHCOIMBRA 2020:

### Membros Titulares:

Prof. Doutor Vital Moreira; Prof. Doutor Jónatas Machado; Mestre Carla de Marcelino Gomes; Mestre Catarina Gomes; Mestre César Augusto Ribeiro Nunes; e Mestre Leopoldo Rocha Soares.

### Membros Convidados:

Prof. Doutor César Aparecido Nunes; Prof. Doutor Rafael Mário Iorio Filho; Profa. Dra. Alessandra Benedito; Profa. Dra. Aparecida Luzia Alzira Zuin; Prof. Mestre Alexandre Sanches Cunha; Profa. Mestre Orquídea Massarongo-Jona.

## SUMÁRIO

Apresentação .....	10
A Lei Antimanicomial e Seus Desafios.....	12
Márcia Regina Madeira Pourchet e Stella Luiza Moura Aranha Carneiro	
Promoção de Saúde Digital: uma experiência com populações em vulnerabilidade no Brasil.....	22
Aimê Stefany Alves da Fonseca	
Relações Étnico-raciais: a educação como mecanismo de transformação social....	32
Juliana Aparecida de Oliveira Pereira Ferreira	
A Submissão de Animais à Crueldade x Vaquejada como Patrimônio Cultural: o efeito backlash e a necessidade dos diálogos institucionais.....	42
Angela Carolina Soncin	
A Biomimética Como Instrumento de Propagação, na Dimensão Ecológica, da Proteção da Dignidade não Humana.....	54
Jamile Gonçalves Calissi e Renato Zanolla Montefusco	
Ensino Híbrido: ambiente virtual de aprendizagem (AVA) no Instituto Federal de Rondônia – IFRO em consonância com a política e a legislação educacional.....	65
Márcia Sousa de Oliveira	
Linchamento Virtual: a naturalização do ódio nas redes e suas consequências jurídicas .....	79
Esther Brito Martins	
Humor e Minorias: quando o riso deixa de ser legal.....	92
Luiz Henrique de Melo Pinheiro	
Mídias Sociais e Violação de Direitos Humanos de Adolescentes em Cumprimento de Medidas Socioeducativas .....	104
Juliane de Oliveira Souza	
O Direito à Informação e os Direitos Políticos à Luz do Direito Internacional da Pessoa Humana .....	115
Nathália Carvalho Schmidt de Deus	
O Poder da Verdade sob a Perspectiva de Descartes em Tempos de Fake News: os	

impactos das notícias falsas nos processos eleitorais na era da sociedade em rede....	124
.....	
Viviane de Moura Fragoso	
É Isto a Liberdade de Expressão? As fake news e o discurso de ódio no Brasil sob a perspectiva da análise da CPMI do Congresso Nacional .....	137
Yana Paula Both Voos e Riva Sobrado de Freitas	
O Transhumanismo e o Bioconservadorismo: qual é o papel da bioética? .....	148
Mônica de Oliveira Camara	
En Apoyo a los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad.....	162
Raimundo Castaño Calle e Fernando González Alonso	
Democracia, Governança e Participação Social.....	177
Flavia do Espírito Santo Batista e Maurício Macagnan da Silva	
Deficiência e Reconhecimento Legislativo na Federação Brasileira.....	188
Guilherme Carneiro Leão Farias	
O Diagnóstico Genético Pré-Implantacional Para Seleção de Embriões: uma análise jurídica da eugenia positiva e negativa.....	199
Michely Vargas Del Puppo Romanello e Jose Geraldo Romanello Bueno	
Tecnologias de Rastreamentos e Monitoramento da Covid-19 e Suas Possíveis Repercussões dos Direitos e Garantias dos Cidadãos: uma perspectiva do Brasil e da Rússia .....	212
Agnes Christian Chaves Faria Alexandrovna Dybova e Fernanda Maibon Sauer	
Bases de Dados e Investigação Biomédica: data lex e investigação epidemiológica – um regime bicéfalo para o direito humano à privacidade.....	225
Patrícia Cardoso Dias	
A Proteção de Dados na Perspectiva Europeia como Direito Fundamental e sua Relativização em Tempos de Pandemia.....	238
Adriana Sawaris Henriques e Isabelle Dias Carneiro Santos	
O Viés Racial a Partir do Reconhecimento Facial e as Violações de Direitos Humanos .....	251
Cinthia Obladen de Almendra Freitas e Giovana Batisti Vieira	
Contact-Tracing: proteção de dados na crise sanitária covid-19.....	262
Juliana Falci Sousa Rocha Cunha	
A Ética na Inteligência Artificial e no Direito.....	275
Mateus Sant' Ana	

Los Derechos Humanos y La Algoritimización de La Administración de Justicia: justicia predictiva y sociedad 4.0 .....	284
Paulo Ramón Suárez Xavier	
Ética da Inteligência Artificial como um Direito Humano Fundamental.....	295
Marília Ostini Ayello Alves de Lima e Rafael Barioni	
Privacy dos Empregados e a Emergência Covid-19. Uma Breve Análise Sobre o Sistema Italiano .....	307
Camilla Martins dos Santos Benevides	
O Direito à Privacidade e os Cadastros de Crédito em Face à Lei Geral de Proteção de Dados: a base legal de proteção ao crédito para o tratamento de dados pessoais	316
Lucas Zauli Ribeiro	
“e-APP”: emprego da tecnologia aos documentos eletrônicos públicos de trato internacional e suas implicações na seara dos Direitos Humanos.....	326
Fernando Alves Montanari	
Tecnologia e Inovação: o uso da geolocalização no combate do coronavírus e o direito fundamental à privacidade dos cidadãos brasileiros .....	341
Letícia Amorim Marques Pereira	
Infodemia, Direitos Humanos e a Indústria da Desinformação Digital.....	350
Anderson Röhe Fontão Batista	
O Princípio da Não Discriminação e a Proteção dos Dados Pessoais Sensíveis..	364
Isis Lacerda de Oliveira da Silva e Larissa de Lima Vargas Souza	
A Liberdade de Expressão na Era Digital e os Contornos no Estado Democrático de Direito .....	379
Nicole Sanábio Einsfeld	
O Transconstitucionalismo Como um Aliado para Uniformização da Aplicação dos Direitos Fundamentais .....	391
Tiago Henrique Grigorini	
A Judicialização da Política e o Ativismo Judiciário no Brasil (Apontamentos a Partir de Cass Sustein e o Minimalismo Judicial).....	404
Giovanni Galvão Vilaça Gregório	
Relativização da Soberania Estatal como Instrumento de Fortalecimento dos Direitos Humanos dos Estrangeiros: o caso brasileiro .....	416
Eduardo Pereira Monteiro	



A Administração Pública em Prol da Constituição: a proteção do direito à saúde e o advento da Lei n.º 50/2018 no processo de descentralização administrativa de Portugal.....	429
Mariane Silva Camargo	
A Crise de Efetividade dos Direitos Fundamentais em Tempos de Coronavírus: uma análise do poder público brasileiro.....	442
Miguel Henriques Duarte Vieira	
O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: o núcleo essencial do direito à vida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	452
Vinícius Henrique de Oliveira Borges	
Interação Transjudicial no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: o silêncio entre cortes na ADPF 153 e suas consequências para consolidação democrática no Brasil.....	461
Mateus Trinta Bruzaca	
Opinião Consultiva OC-23/17 Como Mecanismo de Proteção Ambiental em Jurisdição Extraterritorial Pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	475
Sofia Rocco Stainsack Rocha	
Para Além dos Sistemas Regionais: há espaço para uma corte mundial de Direitos Humanos? .....	487
Belisa Carvalho Nader	
Mulheres em Êxodo: deslocamento forçado das mulheres africanas (Congolesas) em decorrência de conflitos armados e a proteção pelo Sistema Africano Dos Direitos Humanos e dos povos e o Direito Internacional Dos Direitos Humanos .....	498
Natanael Fona Gomes	
Women’S Human Rights and International Responsibility of States – Maria da Penha Case.....	507
Anne Michelle Schneider	
O Caso “A Última Tentação de Cristo Vs. Chile” e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: considerações sobre a liberdade de expressão e o controle de convencionalidade.....	519
Mariana Louzano Moreira	

## APRESENTAÇÃO

Os Anais de Artigos Completos do *V Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra (V CIDHCoimbra 2020)* correspondem à publicação mais destacada deste evento internacional, realizado em sua última edição entre os dias 13 e 15 de outubro de 2020, no auditório da Reitoria da Universidade de Coimbra – UC. Reúnem-se nestes 09 volumes que apresentamos à comunidade acadêmica o total de 339 artigos científicos, todos eles elaborados e apresentados pelos/as participantes inscritos/as no evento e que cumpriram, exitosamente, um rigoroso processo de seleção dos seus respectivos resumos. Todos os volumes desta publicação compreendem os 46 Simpósios sobre Direitos Humanos que se realizaram, pela primeira vez na trajetória do Congresso, de forma remota por intermédio de uma plataforma de videoconferência. A realização dos Simpósios *Online*, por sua vez, se deu em razão das exigências mundiais que se criaram após a declaração de Pandemia de COVID-19 pela Organização Mundial da Saúde - OMS, em especial a necessidade de isolamento social e de adoção de medidas de restrições para deslocamento de pessoas com propósito de evitarmos a disseminação de um vírus letal e massivo.

A atual crise mundial causada pela pandemia de COVID-19 colocou em evidência maior o tema dos Direitos Humanos e, particularmente, a urgência de aprofundarmos o debate e a pesquisa acerca da insuficiente efetivação desses direitos em todo o globo. Tornou mais evidente, ainda, a fragilidade do humano e o insucesso dos atuais modelos produtivos de exploração dos recursos naturais da Terra. Enquanto alguns grupos podem aproveitar de uma certa segurança, alcançada por privilégios que possuem em razão de adquirirem determinados bens ou por acessarem determinadas políticas, outros contingentes de pessoas são submetidos a degradantes condições de vida, sem acesso a recursos mínimos para sua sobrevivência.

A partir da leitura dos diferentes trabalhos agregados a esta publicação, temos clareza de que nos diversos países do globo foram decretadas diferentes quarentenas e, conseqüentemente, alcançados diferentes resultados. Isto se deve ao fato de permanecer vital para os países em questão o desafio de superarem as desigualdades sociais e econômicas que continuam presentes, bem como os remanescentes efeitos históricos de discriminação que atingem grupos e pessoas em razão da sua raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, etc. Pelo ritmo acelerado de destruição da natureza, pela escandalosa concentração de

riqueza, pela extrema desigualdade social e pelo desprezo pela condição humana, a realidade evidenciada pela pandemia de COVID-19 exigiu de toda a comunidade global dispense esforços para evitar uma maior catástrofe humanitária e ambiental.

Diante deste cenário, a realização do V CIDHCoimbra 2020 marcou uma posição consciente e coletiva de entidades, pesquisadores, estudantes e profissionais com atuação no campo dos Direitos Humanos que se comprometem as ações de garantia desses direitos, ainda que em contextos sociais, econômicos, culturais e políticos diferentes. Em outras palavras, os destacados artigos reunidos nesta publicação serão para sempre reconhecidos como um marco importante para a história do Congresso, uma vez que reúnem textos propositivos e críticos acerca do atual momento da pandemia de COVID-19, em especial os seus efeitos para o tema dos Direitos Humanos.

Por fim, nosso registro especial de agradecimento as equipes de trabalho que formam as entidades realizadoras do Congresso de Portugal e do Brasil, respectivamente o *Ius Gentium Conimbrigae* – IGC/ Centro de Direitos Humanos, com sede na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e Instituto Nacional de Pesquisa e Promoção de Direitos Humanos – INPPDH, sediado na cidade de Campinas-SP. Além desses colaboradores, a Comissão Organizadora do Congresso exalta o trabalho comprometido e dedicado dos|as pesquisadores|as que atuaram como Coordenadores dos inúmeros Simpósios oferecidos neste ano de 2020 e que, para nossa realização, formaram a maior edição do Congresso, mesmo com todos os desafios impostos pela pandemia global. Da mesma forma, os nossos agradecimentos a todos|as os|as participantes que prestigiaram e que contribuíram com sua atuação para que o Congresso alcançasse ainda mais destaque internacional. Esperamos que essa publicação possa servir de fonte e inspiração para novas e qualificadas pesquisas sobre Direitos Humanos.

Comissão Organizadora  
V Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra: uma  
visão transdisciplinar

# A LEI ANTIMANICOMIAL E SEUS DESAFIOS

**Márcia Regina Madeira Pourchet**

Psicóloga, Mestre e Doutora em Psicanálise, Saúde e Sociedade pela Universidade Veiga de Almeida. Pós-Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca, Espanha. Pesquisadora e psicóloga da área de atenção cirúrgica à criança e adolescente, no Instituto Fernandes Figueira/ Fundação Oswaldo Cruz

**Stella Luiza Moura Aranha Carneiro**

Psicóloga, Especialista em Psicologia Jurídica, pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Mestre em Psicologia Clínica, pela Pontifícia Universidade Católica -RJ, Doutora em Saúde Mental, pela Universidade Estadual de Campinas. Pós-Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca, Espanha

## **Resumo:**

Os significados acerca da loucura estão intimamente relacionados às antigas funções dos manicômios, ou seja, recolhimento dos loucos em razão de sua suposta incapacidade e improdutividade para a sociedade. Essa ideia produzia o preconceito contra os chamados loucos e sem razão, que de certa forma ainda é reproduzido socialmente, defendendo-se o seu isolamento social. Este artigo tem por objetivo examinar a história da loucura e do surgimento das instituições psiquiátricas, situando a construção social da loucura e movimentos de Reforma Psiquiátrica no Brasil, desde os seus primórdios até o período atual. Com base em fontes secundárias e em trabalhos de terceiros, buscou-se esboçar algumas reflexões sobre as diferentes experiências históricas instituidoras da loucura, dos manicômios/hospitais psiquiátricos, e do movimento de reforma psiquiátrica no Brasil, evidenciando o surgimento da Lei Antimanicomial (10.216/2010) e as suas ligações com as garantias dos direitos sociais.

**Palavras-chave:** Lei Antimanicomial; Direitos Sociais; Transtornos mentais.

## **Introdução**

O adoecimento psíquico em nossa cultura apresenta uma ideia de incapacidade e improdutividade, levando a sentimentos de vergonha nos familiares e pessoas próximas que se relacionam com este sujeito que sofre. O preconceito em razão desse sofrimento ocorre não apenas na sociedade, de uma maneira geral, mas até mesmo nas próprias instituições que se destinam

a receber e tratar essas pessoas – manicômios/hospitais psiquiátricos e hospitais gerais, principalmente. Estigmatiza-se o paciente, considerando-o um perturbado ou que perdeu o juízo.

O relatório “A carga dos transtornos mentais na região das Américas, 2018” (ONU News, 2019), indica que os países dessa região devem aumentar o nível de financiamento atual para atender de forma satisfatória as necessidades das pessoas com transtornos mentais. Os déficits de financiamento em saúde mental variam de três vezes a mais que os gastos atuais em países de alta renda a quatrocentos e trinta e cinco vezes os gastos nos países de mais baixa renda da região. Na América Latina e Caribe, os problemas de saúde mental, incluindo o uso de substâncias psicoativas, respondem por mais de um terço da incapacidade total na região.

O investimento em hospitais psiquiátricos contraria as recomendações da OPAS/OMS<sup>1</sup> (ONU News, 2019), que pedem o fechamento desses locais e a prestação de serviços integrados para transtornos mentais na atenção primária ou em hospitais gerais, acompanhado de apoio social. A OPAS acredita que essas medidas, além de serem menos dispendiosas, fazem que pessoas afetadas por transtornos mentais sejam mais propensas a procurar tratamento. Isso porque é mais fácil ter acesso a serviços locais e estes não levam ao estigma e ao isolamento geralmente associados aos hospitais psiquiátricos.

Este artigo, de caráter exploratório, baseado em fontes secundárias e em trabalhos de terceiros, tem por objetivo examinar, de forma sucinta, a questão da Lei Antimanicomial (2001) e os Direitos Sociais. A importância dos principais movimentos relacionados à Reforma Psiquiátrica, que geraram a Lei antimanicomial (Lei 10.216/2001), é evidenciada, buscando contextualizá-los dentro de uma realidade histórica. Na seção final, a Lei Antimanicomial (10.216/2001) é apresentada, juntamente com algumas questões ligadas aos direitos sociais dos portadores de transtornos mentais, apontando os progressos que estão sendo criados nesse setor, mas também, as dificuldades e obstáculos que ainda persistem.

## **A história da loucura no Brasil e sua institucionalização**

A assistência aos doentes mentais no Brasil colonial era extremamente precária. A maior parte dos cuidados era prestada por curandeiros, inclusive padres católicos (especialmente os jesuítas). Os médicos formados eram raros, e mesmo os cirurgiões e barbeiros licenciados não eram encontrados com facilidade, a não ser nos centros maiores, entretanto serviam, em geral, as pessoas importantes. Não havia especialistas em Psiquiatria, mas os hospitais da Irmandade da Santa Casa abrigavam, mais que tratavam, os doentes mais necessitados, sem casa e sem recursos. Os hospitais, até o século XVIII, eram confundidos com hospedagens para pessoas doentes que não tivessem quem cuidasse delas. Nesses hospitais as condições sanitárias eram muito precárias.

---

1 OPASOMS – Organização Panamericana de Saúde / Organização Mundial de Saúde

No final do século XVIII e início do XIX, o avanço do conhecimento científico e da consciência social, fez com que a Medicina começasse a ficar mais semelhante à forma atual. A Revolução Francesa, no plano político, e os avanços científicos relacionados com a Revolução Industrial, no plano econômico, foram as influências mais significativas desse processo. Foi nesse momento que a assistência aos doentes mentais se tornou médica. Surgiu na França, com a reforma realizada por Pinel e serviu de modelo para as transformações na assistência psiquiátrica de todo o mundo ocidental. A assistência aos doentes mentais se transformou em responsabilidade médica e estatal. No Brasil, também foi aí que nasceu a assistência psiquiátrica pública, já reformada segundo os valores da época.

O Hospício do Rio de Janeiro foi inaugurado como parte da comemoração da Declaração da Maioridade do Imperador Pedro II, em 1852. Tinha instalações modernas porque seguiu o recém-instituído modelo francês e serviu de exemplo para os demais que o seguiram. Era um estabelecimento médico cujo objetivo era a recuperação dos doentes. Essas situações acerca das enfermidades mentais graves deram origem a duas interpretações opostas. Os historiadores otimistas explicavam como sendo alvo da caridade cristã, do desejo de diminuir o sofrimento alheio, de solidariedade com quem tem uma doença que todos temem. Os pessimistas atribuíam, essas questões, ao desejo de esconder a miséria e a loucura, de aumentar o sofrimento do sofredor.

Em 1912, foi promulgada a primeira Lei Federal de Assistência aos Alienados, acrescentando o título de especialidade médica autônoma aos psiquiatras e aumentando o número de instituições destinadas aos doentes mentais. Percebe-se que estava sendo criada uma estrutura manicomial, que tinha uma preocupação com a criação de espaços de poder disciplinares por meio de hospitais ou clínicas especializadas, segundo Caponi (2009).

A disciplina que era estabelecida nessas instituições produzia socialmente a normalização de comportamentos, sendo estes passíveis de intervenção do saber psiquiátrico, atuando na higienização social. Dessa forma, outros dispositivos disciplinadores foram criados, aliados à essas instituições de saber, como leis e decretos, orientando práticas médicas no tratamento da loucura. Entre os anos 20 e 30 do século XX, aconteceu o primeiro esforço de Reforma: Juliano Moreira e Ulisses Pernambucano foram os primeiros idealizadores.

A falta de remédios específicos para os enfermos psiquiátricos continuava e o processo de degradação da assistência psiquiátrica pública no Brasil, assim como no resto do mundo, seguia e piorava. A descoberta dos fármacos psicotrópicos possibilitou o enfrentamento das enfermidades mentais, naquele momento. Junto com a penicilina, que tratava efetivamente a sífilis, somaram-se os neurolépticos e os antidepressivos, que transformaram muitos dos portadores das grandes psicoses em pacientes ambulatoriais. Esse avanço acarretou outro problema: a assistência psiquiátrica pública se dividiu em duas: a assistência patrocinada pelo Estado e aquela mantida pela previdência

social pública, que se multiplicou movida única ou predominantemente pela busca de lucro.

Para a assistência pública direta, o principal era o enfrentamento desse problema a partir da tentativa de expandir o tratamento ambulatorial. O Serviço Nacional de Doenças Mentais, desde a primeira gestão, do Professor Jurandyr Manfredini, iniciou essa tentativa de reforma, elegendo como principal meta a substituição da hospitalização pela assistência ambulatorial. Nos anos 50 e 60, esses recursos se multiplicaram, principalmente em unidades sanitárias e como anexos de hospitais psiquiátricos públicos. A principal crítica a esse sistema era a manutenção da segregação do enfermo e da enfermidade psiquiátrica, além dos cuidadores da rede de assistência. Esse esforço não foi adiante porque o Estado Brasileiro era privatista, nessa área, segundo Miranda-Sá Junior (2007).

Na assistência previdenciária, o processo aconteceu de forma oposta. A hospitalização foi priorizada porque era mais lucrativa. Esse fator foi importante para a assistência pública direta, porque se transformou no modelo terapêutico da consciência social e da ideologia de muitos terapeutas. Ocorreu, também, o fenômeno de transferência de pacientes não hospitalizados na rede pública para serem internados em serviços credenciados pela previdência social. Na ditadura militar essa situação foi agravada pelo avanço ideológico neoliberalista.

No Brasil, as redes assistenciais eram ofertadas de forma massiva, nos anos 1960 até a década de 1980, sustentadas por recursos advindos da unificação da Previdência Social (GOULART, 2006). Essa rede trabalhava com modelos terapêuticos precários, com uso abusivo de psicofármacos e com o isolamento dos doentes mentais em manicômios. As consequências foram inúmeras, como a superlotação, erros médicos, altos índices de mortalidade e segregação dos usuários (GOULART, 2006). Esta situação se baseava na legislação de 1934, composta pelos artigos 9º, 10º e 11º, que ficou em vigor no Brasil até o ano de 2000 (GOULART, 2006, p. 5):

Art. 9º Sempre que, por qualquer motivo, for inconveniente a conservação do psicopata [doente mental] em domicílio, será o mesmo removido para estabelecimento psiquiátrico.

Art. 10º O psicopata ou indivíduo suspeito que atentar contra a própria vida ou de outrem, perturbar ou ofender a moral pública, deverá ser recolhido a estabelecimento psiquiátrico para observação ou tratamento.

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

- a) por ordem judicial ou requisição de autoridade policial;
- b) a pedido do próprio paciente ou por solicitação do cônjuge, pai ou filho ou parente até quarto grau, inclusive, e, na sua falta, pelo curador, tutor, diretor de hospital civil ou militar, diretor ou presidente de qualquer sociedade de assistência social, leiga ou religiosa,

chefe de dispensário psiquiátrico ou ainda por alguns interessados, declarando a natureza de suas relações com o doente e as razões que determinantes da sua solicitação.

A Divisão Nacional de Saúde Mental (DINSAM), apoiada pelos órgãos federais e estaduais, iniciaram uma tentativa de reforma para que fosse colocado o avanço técnico a serviço dos pacientes. Com o fim da ditadura, foram criadas condições para uma reação mais eficaz dos esforços reformistas. Para Miranda-Sá Junior (2007), a reação à má assistência psiquiátrica ocorreu a partir de três frentes antagônicas: o plano médico-psiquiátrico, o plano antipsiquiátrico e o plano tecnocrático. A reação psiquiátrica foi realizada pela Associação Brasileira de Psiquiatria, a antipsiquiátrica foi encarnada por agentes do Partido dos Trabalhadores e a reação burocrática esteve representada pelos dirigentes de serviços públicos e alguns agentes do chamado Movimento Sanitarista.

Essa proposta foi derrotada pelo Projeto Paulo Delgado, que tinha o apoio dos partidos de esquerda, de amplas camadas do movimento médico, do movimento sanitarista e da burocracia sanitária federal. Muitos anos se passaram, até que o projeto fosse aprovado, e mesmo assim, de acordo com Miranda-Sá Junior (2007), bem descaracterizado. Acredita-se que os burocratas apoiaram o projeto de Paulo Delgado porque ele era menos oneroso e possibilitava que o Governo Federal repassasse o encargo para os Municípios, esquivando-se das responsabilidades que havia assumido desde 1930.

## **A Reforma Psiquiátrica no Brasil**

Historicamente, o movimento da Reforma Psiquiátrica teve início nos anos 1970, quando surgiram momentos de questionamento conceitual-filosófico com consequências diretas no cuidado ao doente mental. Como afirmam Colvera; Machado (2000), citados por Maciel (2012), esses anos foram marcados por debates sobre os direitos humanos dos pacientes psiquiátricos internados em manicômios. Inúmeras denúncias sobre maus-tratos e desassistências começaram a surgir na mídia, criando condições favoráveis para a motivação da opinião pública e de certos meios políticos sobre as questões da atenção à saúde mental.

De acordo com Amarante (2000), no Brasil, o movimento de Reforma Psiquiátrica teve como desencadeante a Crise da Divisão Nacional de Saúde Mental (DINSAM), órgão do Ministério da Saúde, e o Movimento dos Trabalhadores da Saúde Mental (MTSM). Esse movimento denunciou a falta de recursos das unidades e a consequente precariedade das condições de trabalho prejudicando a atenção dispensada à população, tendo como prioridade o caráter humanitário. A trajetória do movimento foi marcada pela noção de desinstitucionalização e teve início na segunda metade dos anos 1980, momento de um contexto político de grande importância para a sociedade brasileira.



Nesse contexto reformista, ocorreu em Brasília (DF), em março de 1986, a 8ª Conferência Nacional da Saúde que, pela primeira vez, segundo Maciel (2012), teve consulta e participação popular, reunindo representantes de diversos setores da comunidade. A partir dessa Conferência, surgiu uma nova concepção de saúde, expressa pela ideia de “a saúde como direito do cidadão e dever do Estado” (MACIEL, 2012, p.76). Essa nova definição tornou possível o surgimento de alguns princípios básicos, como: universalização do acesso à saúde, descentralização e democratização, promoção de políticas de bem-estar social através do Estado e visão da saúde como qualidade de vida.

Em junho de 1987, no Rio de Janeiro, ocorreu a I Conferência Nacional de Saúde Mental, na qual o MTSM decidiu rever suas estratégias e repensar seus princípios. Segundo Maciel (2012), nesse evento foi criado o primeiro movimento da luta antimanicomial. A partir desse momento, as críticas relacionadas à Psiquiatria passaram a ser dirigidas ao conjunto das questões sociais, tendo como princípios a exclusão e a cidadania. De acordo com Oliveira (2002), citado por Maciel (2012), nesse mesmo ano, no II Congresso Nacional de Trabalhadores em Saúde Mental, realizado em Bauru (SP), foi lançado o lema “Por uma Sociedade sem Manicômios”, determinando o dia 18 de maio como o Dia Nacional de Luta Antimanicomial.

Em 1989, foi apresentado o Projeto de Lei no 3.657/89, de autoria do deputado Paulo Delgado, que regulamentava os direitos dos doentes mentais em relação ao tratamento e indicava a extinção progressiva dos manicômios, públicos e privados, e sua substituição pelos serviços extra hospitalares. A partir desse momento, foram iniciadas as principais transformações no campo jurídico-político, que provocaram polêmica na mídia e na sociedade em geral, principalmente, em alguns familiares de portadores de transtornos mentais. Alguns se posicionaram contra, e outros, a favor, mas o mais importante foi que os temas da loucura, da assistência psiquiátrica e dos hospitais psiquiátricos passaram a ser discutidos a nível nacional. O Projeto de Lei foi transformado na Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, atualmente em vigor, que dispõe sobre a extinção progressiva dos manicômios e sua substituição por novas modalidades de atendimento, como Hospitais-Dia (HDs), Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) e Lares Protegidos.

## **A Lei 10216/2001 e os Direitos Sociais**

A Lei 10.216 de 2001 vem propondo a substituição gradativa dos leitos em hospitais especializados e a internação psiquiátrica involuntária. Essa lei iniciou um processo de discussão em todo o Brasil sobre as formas mais adequadas de atenção em Saúde Mental aos portadores de transtornos mentais. Isso levou a Coordenação de Saúde Mental do Ministério da Saúde a abrir o financiamento de outras modalidades de assistência substitutivas à internação tradicional. Além disso, desencadeou mudanças na legislação e na concepção e adequação do tratamento aberto e comunitário, recomendado pela Organi-

zação Mundial de Saúde (OMS) e pelo Ministério da Saúde. Com a proposta de mudança do modelo de atenção mental por serviços substitutivos ao hospital psiquiátrico, a própria comunidade e a família tornaram-se parte da rede social que se forma colaborando com esses serviços. A ênfase reside, a partir dessa legislação (Lei 10.216/2001), na desinstitucionalização do portador de transtornos mentais.

A Lei prevê a proteção dos indivíduos “[...] acometidos de transtorno mental” (Lei nº10.216/01, art.1); são seus direitos: terem acesso ao melhor sistema de saúde, serem tratados com humanidade e respeito “[...] visando a alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade” (Lei nº 10.216/01, art.2, parágrafo único). Nesse contexto, o trabalho integrado, marcado por reciprocidade e enriquecimento mútuo bem como pela democratização, possibilitaria a compreensão do indivíduo portador de transtorno mental e da loucura, como fenômenos complexos que necessitam de vários saberes para lidar com o mesmo indivíduo (VASCONCELOS, 2000).

Para Delgado (2001), é temerário afirmar que o ciclo dos asilos e das colônias tenha sido finalizado. Entretanto, se tais instituições ainda constituem uma triste realidade em todos os Estados do País, esse modelo de atendimento centralizado na internação, em hospitais públicos ou particulares, deixou de ser objeto da crítica solitária de alguns setores da psiquiatria brasileira para tornar-se algo consensual, condenado nos documentos oficiais e legais sobre a matéria. A entrada em vigor da Lei antimanicomial (2001) foi um marco importante, mas não suficiente para criar as condições de um atendimento genuinamente interdisciplinar, voltado para o cuidado integral do “louco”.

No nosso país, a precariedade de acesso a direitos sociais para sobrevivência é cotidiana, o portador de transtorno mental em intenso sofrimento psíquico parece, muitas vezes, experimentar um duplo processo de exclusão: ser brasileiro e louco. Grande parte da população, tem os seus direitos sociais básicos desrespeitados. No caso do portador de transtornos mentais, por experimentar formas de relação com o mundo e com o outro que contrastam com os códigos socialmente estabelecidos, geralmente, nem sequer tem acesso à informação sobre seus direitos.

O fechamento dos hospícios não soluciona a questão dos direitos dos portadores de transtornos mentais, mesmo sendo o primeiro ponto a ser estabelecido. O exercício do direito por parte dessas pessoas está ligado à instituição loucura que perdurou ao longo dos séculos. A emergência de sujeitos de direitos, nesse caso, só pode ocorrer se for a partir do coletivo, por um lado, como prática vivida de intersubjetividade, como afirmam Emerich; Campos; Passos (2014) e, também, a partir de uma gestão coletiva e compartilhada do cuidado, que possibilite formas de existir com mais liberdade e com a integração efetiva da autonomia dos portadores de transtornos mentais e dos direitos humanos.

Nesse sentido, o surgimento do sujeito de direitos aproxima-se de uma práxis em saúde que pode ter nas diferentes modalidades de assistência subs-

titutiva à internação um meio para a realização do direito dessas pessoas. É fundamental que a temática dos direitos seja retomada e problematizada pela Reforma Psiquiátrica Brasileira, devido ao risco que esse Movimento corre de “tornar-se apenas retórica, presente nos textos e discursos, vazio de sentido na vida dos portadores de transtornos mentais.

Pensar a democracia psíquica extrapola o campo da Saúde Mental, comprometendo-nos com a construção de uma democracia social” (EMERICH; CAMPOS; PASSOS,2014, p.694). É importante que todos, loucos ou não, sejam capazes de construir, de maneira coletiva, formas de impedir o esquecimento dos direitos humanos. A universalidade do acesso a esses direitos não deve ser considerada apenas a partir da abertura de portas concretas representadas pelas Portarias, Habeas Corpus e outros documentos legais.

## **Conclusão**

Em 2019, o movimento da Luta Antimanicomial completou 32 anos de existência. Desde a sua formação, o seu objetivo é a luta em prol de serviços de saúde pautados pela atenção, dignidade e cuidado para com os usuários da saúde mental. Seus princípios estão fundamentados na criatividade e no protagonismo destes usuários, bem como na transformação da representação da sociedade frente à loucura. O movimento da Luta Antimanicomial e, neste sentido, o processo da Reforma Psiquiátrica tem despertado reações e atenção da sociedade. Nas últimas décadas, essa Reforma, no Brasil, tem sido uma das mais importantes políticas de saúde mental e inclusão da diferença no mundo. Além disso, é considerado um dos mais importantes movimentos de defesa dos direitos humanos no país, com transformações nos modos de tratamento e cuidado da loucura e nas formas de participação social e política dos sujeitos em sofrimento mental.

Um dos maiores desafios da Reforma Psiquiátrica parecer ser ainda a superação do estigma do “louco” como pessoa perigosa ou incapaz no imaginário social. A permanência do estigma em relação ao portador de sofrimento psíquico pode colaborar na perpetuação da exclusão social, na dificuldade de inserção no mercado de trabalho e na comunidade, na construção de relações afetivas e no isolamento, muitas vezes realizado pelos seus familiares, na intenção de proteger seus membros do risco do escárnio social.

De acordo com Bezerra Junior (1992), o conceito de cidadania é complexo, mas pode ser expresso “... por um processo ativo de ampliação da capacidade de todos e de cada um, agirem de modo livre e participativo” (p. 120). Sendo assim, os direitos de cidadania dos portadores de transtornos mentais estariam assegurados e desvinculados das representações de defeito, falha ou desqualificação. A nova ética do cuidado, estabelecida pela Lei 10.216 (2001) estaria fundamentada no acolhimento, na compreensão, na inclusão e nos direitos dos cidadãos. A mudança de paradigmas conceituais que sustentaram, durante séculos, a Psiquiatria manicomial, atualmente apresenta uma

proposta de cidadania para os portadores de transtornos mentais, construção compartilhada da autonomia, respeito às diferenças e o direito ao cuidado em saúde e saúde mental como dever do Estado.

## Referências

AMARANTE, P.; DIAZ, F. Os Movimentos Sociais na Reforma Psiquiátrica. **Cadernos Brasileiros de Saúde Mental: Movimentos Sociais e Saúde Mental**. ABRASME, Rio de Janeiro, 4(8), 2012, p.83-95

BARBOSA, G. C.; COSTA, T. G.; M. V. Movimento da Luta Antimanicomial: trajetórias, avanços e desafios. **Cadernos Brasileiros de Saúde Mental: Movimentos Sociais e Saúde Mental**. ABRASME, Rio de Janeiro, 4(8), 2012, p.45-50.

BEZERRA JUNIOR, B. Cidadania e loucura: um paradoxo? In BEZERRA JUNIOR, B.; AMARANTE, P. D.(orgs.) **Psiquiatria sem hospício**. Rio de Janeiro: Relime-Dumará, 1992, p. 113-26.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Legislação em saúde mental. In \_\_\_\_\_. **Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001**. 3. ed. rev. atual., Brasília, 2002. Disponível em: [www.saude mental.med.br/](http://www.saude mental.med.br/)> Acesso em 28 out.2019.

CAPONI, S. Michel Foucault e a persistência do poder psiquiátrico. **Ciência & Saúde Coletiva**, v.14, n.1, 2009, p.95-103.

CORREIA, L. C. Desigualdade social. In **Guia de direitos humanos loucura cidadã**. Salvador: AMEA, 2011, p. 17.

EMERICH, B. F.; CAMPOS, R. O.; PASSOS, E. Direitos na loucura: o que dizem usuários e gestores dos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS). **Comunicação Saúde Educação** 18(51), 2014, p.685-96.

GOULART, M. S. B. **A construção da mudança nas instituições sociais: a reforma psiquiátrica**. Pesquisas e Práticas Psicossociais, São João Del-Rei, v.1, n.1, jun. 2006, p.1-19.

JACOBINA, P. V. **Direito Penal da loucura e Reforma Psiquiátrica**. Brasília: ESMPU, 2008.

LUCHMANN, L.H. H.; RODRIGUES, J. O movimento antimanicomial no Brasil. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro 12(12), 399-407, 2007.

MACÊDO, A.; JORGE, M. Concepções de loucura e sua influência na prática psiquiátrica. In JORGE, M.; SILVA, W.; OLIVEIRA, F. (Eds.). **Saúde mental: da prática psiquiátrica asilar ao 3º milênio**. São Paulo: Lemos, 2000. p. 125-148.

MACHADO, P. de F.; SCARPARO, H. B. K.; HERNANDEZ, A. R.C. Narrativas do silêncio: movimento da luta antimanicomial, Psicologia e Política. **Revista Psicologia Política**. v. 15. n 34, 2015, p.599-616.

MACIEL, S. C. Reforma Psiquiátrica: algumas reflexões. **Cadernos Brasileiros de Saúde Mental: Movimentos Sociais e Saúde Mental**. ABRASME, Rio de Janeiro, 4(8), 2012, p.73-82.

MILLANI, H. de F. B.; VALENTE, M. L. L. de C. O caminho da loucura e a

transformação da assistência aos portadores de sofrimento mental. **Revista Eletrônica de Saúde Mental, Álcool e Drogas**, v.4, n.2, 2008. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/smad/v4n2/v4n2a09.pdf> Acesso em 27 out. 2019, p. 1-19.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Memórias da loucura**. Disponível em <http://www.ccs.saude.gov.br/memoria%20da%20loucura/mostra/retratos06.html> Acesso em 27 out.2019

MIRANDA-SÁ JUNIOR, L. S. de Breve histórico da Psiquiatria no Brasil: do período colonial à atualidade. **Rev. Psiquiatria RS**. 29 (2), 2007, p.156-8.

ONU News. **Relatório alerta que é preciso aumentar investimentos em saúde mental nas Américas**. OMS. Saúde. 5 mar. 2019.

PAULIN, L. F.; TURATO, E. R. Antecedentes da Reforma Psiquiátrica no Brasil: as Contradições dos Anos 1970. **Hist. Cienc. Saúde – Manguinhos**, 2004, p.241-258.

RIBEIRO, M. A. Atelier de Trabalho para Psicóticos. **Revista Psicologia Ciência e Profissão**, Brasília, ano 18, n.1, p. 12-27.

VASCONCELOS, E.M. Reinvenção da cidadania, empowerment no campo da saúde mental e estratégia política no movimento de usuários. In AMARANTE, P. (org.). **Ensaios: subjetividade, saúde mental, sociedade**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000. cap. 12, p. 267-277.

ZAMBENEDETTI, G.; SILVA, R. A. N. A noção de rede nas reformas sanitária e psiquiátrica no Brasil. **Psicologia em Revista**, Belo Horizonte, v.14, n.1, 2008,130-150.

# PROMOÇÃO DE SAÚDE DIGITAL: UMA EXPERIÊNCIA COM POPULAÇÕES EM VULNERABILIDADE NO BRASIL

**Aimê Stefany Alves da Fonseca**

Universidade de Brasília - Faculdade de Ceilândia, graduanda em Enfermagem –  
Bacharelado; Universidade Estácio de Sá, graduanda em Química - Licenciatura

## **Resumo:**

**Objetivo:** Relatar uma intervenção de promoção de saúde desenvolvida durante o isolamento social e seu impacto no que se refere à extensão dos Direitos Humanos a populações em vulnerabilidade socioeconômica. **Metodologia:** Compreende um relato de experiência de intervenção voluntária realizada por meio de palestras públicas remotas ao vivo a pessoas assistidas por um posto de assistência em uma cidade brasileira, entre os meses de maio e setembro de 2020, com temas referentes à área da saúde e à pandemia da COVID-19. **Resultados:** Houve grande engajamento da população, com perguntas e sugestões de temas, evidenciando seus conhecimentos pregressos e limitações. **Conclusão:** Percebe-se a necessidade de educação em saúde a populações em vulnerabilidade como garantia dos direitos a saúde e educação estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela mobilização de agentes estatais e sociedade civil, a fim de contribuir para o fortalecimento da democracia.

**Palavras-chave:** Tecnologia; Direitos Humanos; Saúde; Educação; COVID-19.

## **Introdução**

A Constituição da República Federativa do Brasil (1988), com grande influência e inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), foi a primeira da República brasileira a dispor uma seção exclusiva para tratar sobre a saúde e o papel do Estado na garantia desse direito social, como descrito no artigo 196:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.<sup>4</sup>

Não obstante a garantia dos direitos sociais pela “Constituição Cidadã” brasileira, elaborada com grande participação popular e de movimentos democráticos, na prática, o que se observa é a dificuldade em implementar a promoção e o cuidado em saúde pelas mesmas iniquidades que deveriam ser combatidas e orientadas à população pelo Estado. Na América Latina pós-II Guerra Mundial, de ideais capitalistas e alinhamento político aos Estados Unidos da América, o *welfare state* (ou estado de bem-estar social) foi sobrepujado pelas condições de vida precárias, ainda características de países em desenvolvimento e cultura atrelada ao positivismo, evidente na formação da República brasileira e ligado à noção de uma medicina de caráter “curativo”, e não preventivo.<sup>11</sup>

A pandemia causada pelo SARS-CoV-2, em 2020, contribui para o vislumbre dos diversos cenários possíveis de enfrentamento e vulnerabilidade de populações marginalizadas e minorias e, principalmente, os impactos do modelo biomédico capitalista nas ações de promoção de saúde.<sup>11</sup> Os determinantes sociais em saúde, como moradia, situação financeira e escolaridade, influem, desse modo, no impacto da COVID-19 nos diferentes contextos em que se apresenta, ímpares e complexos, mas que dependem de mobilização estatal e da sociedade civil, incluindo ambientes universitários e de pesquisa, para garantir a efetividade dos direitos preconizados na Constituição Federal.

Nesse sentido, há grande envolvimento da questão educacional brasileira nas condições de vida da sociedade e na disparidade socioeconômica crescente. Historicamente, a educação no Brasil apresenta as bases ideológicas de um ensino excludente e exclusivo a poucos, que remonta à Grécia antiga, com seus ensinamentos político e físico voltados unicamente ao sexo masculino, até os dias atuais, passando pela Idade Média, com a restrição dos conhecimentos fundados nas Artes Liberais apenas aos mosteiros católicos, uma vez que a Igreja continha o monopólio das escrituras até aquele momento histórico e era cercada por populações com altas taxas de analfabetismo, e marcadamente ao período de Ditadura Militar brasileira, com forte apelo a uma educação tecnicista que mantinha a elitização dos ensinamentos básico e superior e depreciação do livre pensamento – fato que se encontra presente nas sociedades atuais e sua dificuldade de desenvolvimento.<sup>26</sup>

Apesar disso, no Brasil, principalmente ao longo dos séculos XIX e XX, notou-se a necessidade de consolidação da educação nacional como também a consolidação, inicialmente, do Império brasileiro e, em um segundo momento, da República, que necessitava essencialmente da participação popular para legitimação do poder.<sup>9</sup> Isso não impediu, entretanto, que os interesses nacionais e internacionais ultrapassassem os direitos constitucionais gradualmente conquistados pela população, em meio à turbulência política que caracterizou a história do Brasil nos últimos dois séculos.<sup>11</sup>

Para isso, é essencial a união entre Saúde e Educação, a fim de tornar a população agente ativo em seu processo de aprendizagem, capaz de pensar em estratégias de aplicação de competências em sua própria realidade. A saú-

de pública, por conseguinte, não deve ser vislumbrada como um serviço social isolado dos demais, uma vez que os determinantes sociais são indicadores de que o desenvolvimento de enfermidades pela população está relacionado tanto a fatores internos dos indivíduos, como ao ambiente em que se encontra.

Tendo em vista o impacto da globalização – ainda que desigual – no cotidiano dos indivíduos, o uso de tecnologias digitais apresenta-se como significativo recurso de difusão de informações e, principalmente, orientação, por parte de educadores e equipes de saúde acerca de temas que, direta ou indiretamente, influem sobre a relação entre os indivíduos, a cultura na qual estão imersos e, especialmente, o ambiente em que se encontram, como a condição de isolamento social imposta pela pandemia.

## Metodologia

Trata-se de um relato de experiência acerca de uma intervenção de promoção de saúde digital realizada durante a pandemia causada pela COVID-19, entre os meses de maio e setembro de 2020, tendo como público-alvo a população assistida por um posto de assistência em uma cidade brasileira.

A intervenção consistiu na realização de palestras públicas *online*, no formato de *lives* transmitidas pelas redes sociais Facebook e YouTube, com temas variados e que transitavam entre a pandemia e questões relacionadas à realidade social do público-alvo. Para isso, foi realizado um questionário, anteriormente à realização da intervenção, a fim de determinar o perfil socioeconômico e cultural da população. Com isso, estabeleceu-se um planejamento semanal, com os dias e horários apropriados ao público, além dos temas que deveriam ser tratados nas palestras e palestrantes convidados, que envolviam tanto estudantes de graduação de diversas universidades brasileiras quanto profissionais de diversas áreas do conhecimento, como Psicologia, Saúde Coletiva, Enfermagem, Direito, entre outras.

A metodologia empregada nas palestras ficou a critério do palestrante responsável, sendo que o tempo posterior à exposição do tema, de, no mínimo, quinze minutos, foi dedicado à resolução de perguntas feitas pelos espectadores por meio de *chat* síncrono e selecionadas por um mediador ao longo da exposição teórica. Os palestrantes também podiam interagir com o público durante a palestra, visto que também tinham acesso ao *chat*.

Todas as *lives* realizadas durante o período mencionado foram gravadas, com permissão dos palestrantes, e encontram-se disponíveis para livre visualização na plataforma de vídeos YouTube.

## Resultados e Discussão

Tendo em vista os aspectos plurais da intervenção realizada e a importância da discussão acerca do impacto da educação em saúde de populações em vulnerabilidade socioeconômica, os resultados e discussão foram dividi-



dos em – partes principais identificadas ao longo do estudo: 1. Determinantes sociais e intervenção de saúde; 2. Trabalho interprofissional na promoção de saúde; e 3. Papel da Universidade na promoção de saúde.

## Determinantes sociais e intervenção de saúde

O conceito de saúde contemporâneo, oriundo da concepção da Organização Mundial de Saúde em 1948, estabelece uma relação positiva de completo bem-estar físico, mental e social dos indivíduos, não se constituindo, portanto, apenas como a ausência de moléstia ou enfermidade – ainda assim, o significado de saúde está intrinsecamente ligado ao espaço e tempo histórico no qual é formulado, possuindo natureza multicausal.<sup>10</sup> Observa-se, com isso, grande movimento, oriundo das mudanças sociais e políticas do pós-II Guerra Mundial, de abandono do modelo biomédico de saúde, unicausal, em prol da construção de um sistema mais dinâmico e complexo que ultrapassa a tríade ecológica de história natural da doença – agente, suscetível e meio ambiente.<sup>11</sup>

Essa visão contemporânea de saúde é oriunda da Idade Moderna e movimentos políticos, sociais e intelectuais como o Iluminismo e a Revolução Industrial, nos quais o cientificismo e o pensamento crítico baseado em evidências passam a considerar as condições de trabalho e moradia na saúde da população e o papel do Estado frente à pobreza e outras situações, como medidas de saneamento dos centros urbanos. A nova medicina social, vigente no mundo ocidental, está arraigada na convicção de que o processo saúde-doença não se constitui somente pelo aspecto biológico, mas também pela interação dos indivíduos com o meio em que vivem.<sup>11</sup>



Figura 1 - Modelo de determinação social da saúde <sup>3</sup>

Diante da pandemia causada pelo SARS-CoV-2, o novo coronavírus, fica evidente a importância de se considerar os determinantes sociais da saúde no estabelecimento de causalidade entre a propensão à infecção, suas formas graves e as condições de vida da população em vulnerabilidade: diversos fatores, no Brasil, influenciam na vulnerabilidade de certos grupos à infecção pelo vírus, como a instabilidade política, crise econômica, altas taxas de desemprego e informalidade, desinformação, redução no orçamento da Educação e Saúde, além de condições materiais, como moradia, acesso aos serviços de saúde e desigualdade.<sup>12</sup>

A partir de questionário proposto ao público-alvo anteriormente à intervenção de saúde, foi constatado que a população à qual se destinava a proposta de promoção de saúde possuía diversas condições condicionantes a manifestações patológicas. Entre os fatores socioculturais mais prevalentes, destacam-se: a) o emprego informal, que, em tempos de pandemia, expunha a população em vulnerabilidade socioeconômica à infecção pelo SARS-CoV-2, pela impossibilidade de isolamento social sob pena de grandes complicações financeiras, uma vez que se tratava de população de baixa renda; b) as doenças crônico-degenerativas, como o Diabetes Mellitus e a Hipertensão Arterial Sistêmica, o que tornava o público pesquisado uma população de risco para as manifestações graves da COVID-19; e c) os comportamentos de risco, como o etilismo e o tabagismo, pela depressão do sistema imune e maior propensão a infecção pelos hábitos.

O cenário de grandes desigualdades sociais, no Brasil, não se restringe à saúde, mas faz parte de um amplo espectro de direitos sociais que, pouco a pouco, se mostram negligenciados pelos governos instituídos, evidenciados por indicadores nacionais e globais. A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD) 2018, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), aponta que, com relação ao acesso a internet em domicílios particulares permanentes, cerca de 74,7% dos entrevistados possuíam acesso a internet e, em sua maioria (98,1%), utilizavam o telefone celular para acessá-la.<sup>7</sup>

Estes números colocam o Brasil em quarto lugar no ranking mundial de número de usuários de internet, segundo o relatório “Digital Economy Report 2019” da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD).<sup>14</sup> A média para as populações em área rural, entretanto, é quase duas vezes menor que a média nacional, o que evidencia uma distribuição desigual do acesso à informação no Brasil.<sup>7</sup>

A despeito da condição limitante ao acesso à educação à qual a população mundial, em especial a brasileira, se encontra, o público-alvo da promoção de saúde digital relatada também possuía impeditivos em relação ao acesso a internet e dispositivos eletrônicos em domicílio e individuais, o que evidenciava a necessidade de planejamento do projeto de acordo com as condições de vida da população. Para tanto, foram necessárias diversas adaptações que adequassem a proposta ao público. Destarte, as palestras eram realizadas aos fins

de semana, semanalmente, haja vista que, em situação de emprego informal e subempregos, grande parte do público-alvo prosseguiu trabalhando durante o período de isolamento social, tendo então o fim da semana livre para a realização de outras atividades, em especial o período da noite, no qual eram realizadas as palestras. Haja vista isso, o tempo de palestra também deveria ser reduzido, fixando-se em uma média de uma hora por semana.

Ademais, a plataforma de transmissão das *lives* também necessitou de cuidado especial. Como a população a ser primordialmente atendida residia em região ainda em expansão territorial e de predominância rural – em transição para área urbana –, os pacotes de internet disponíveis para a maior parte da comunidade eram individuais, para dispositivos móveis, com condições especiais de uso ilimitado de dados para redes sociais como o Facebook. Portanto, esta foi a plataforma de escolha para a realização da intervenção, uma vez que o uso de outras plataformas foi testado (YouTube) e apresentou resultados não satisfatórios, por abranger um público numericamente menor e apresentar limitações na acessibilidade e compartilhamento.

Por conseguinte, fica claro o papel da tecnologia na difusão de informação, mesmo a populações em vulnerabilidade com acesso restrito a esse recurso, particularmente durante períodos críticos à sociedade, como as pandemias, que carecem de suporte sanitário e educacional para que os cidadãos não sejam desamparados diante das incertezas e falta de instrução acerca de diversos assuntos que impactam diretamente seu cotidiano.

A saúde, assim como outras áreas do conhecimento, deve estar sempre atrelada à Educação, ciência responsável pelo desenvolvimento humano e, conseqüentemente, por capacitá-lo a perceber a história e seu papel nela, conscientizando-o do mundo que o cerca e tornando o indivíduo ativo no processo de transformação da sociedade, por recusar acomodar-se diante do senso comum já generalizado no tempo que vive.<sup>5</sup>

## **Trabalho interprofissional na promoção de saúde**

O estado de emergência global ocasionado pela pandemia do SARS-CoV-2 acentuou o trabalho intenso de profissionais de saúde, das mais diversas categorias profissionais, e sua importância nos inúmeros contextos em que os serviços de saúde se estabelecem. Diante desse cenário, ganha evidência a educação interprofissional, movimento inicialmente acadêmico que busca ampliar as possibilidades de troca de conhecimentos e colaboração entre profissionais de áreas distintas, a fim de melhorar os resultados na saúde.<sup>13</sup>

Considerando-se os determinantes sociais de saúde abordados anteriormente e o caráter multicausal do processo saúde-doença, torna-se evidente a necessidade do combate às iniquidades sociais como meio de melhorar os indicadores de saúde e atingir, integralmente, o conceito de saúde proposto pela Organização Mundial de Saúde.<sup>11</sup>

Para tanto, torna-se imprescindível a relação dialógica nos serviços de

saúde, integrando médicos e equipe de enfermagem a médicos, assistentes sociais, advogados, educadores, sanitaristas, ambientalistas, entre outras categorias que estão ligadas, direta ou indiretamente, à realidade da população. É claro o movimento rumo a esta concepção de promoção de saúde, por exemplo, no desenvolvimento da Atenção Primária a Saúde, no Brasil, na qual as equipes de saúde convivem com a população atendida pelas Unidades Básicas de Saúde e operam colaborativamente na elaboração de estratégias de cuidado.

Levando em consideração a relevância da articulação interprofissional no campo da saúde, a fim de atender à crescente complexidade demandada pela sociedade e pelos serviços de saúde, as palestras realizadas na intervenção de promoção de saúde trataram, semanalmente, de temas correlatos a diversas áreas do conhecimento, com o propósito de apresentar distintas abordagens sobre a interação entre o cotidiano da população-alvo e a pandemia da COVID-19. A imagem abaixo apresenta as palestras realizadas no período de maio a setembro de 2020:

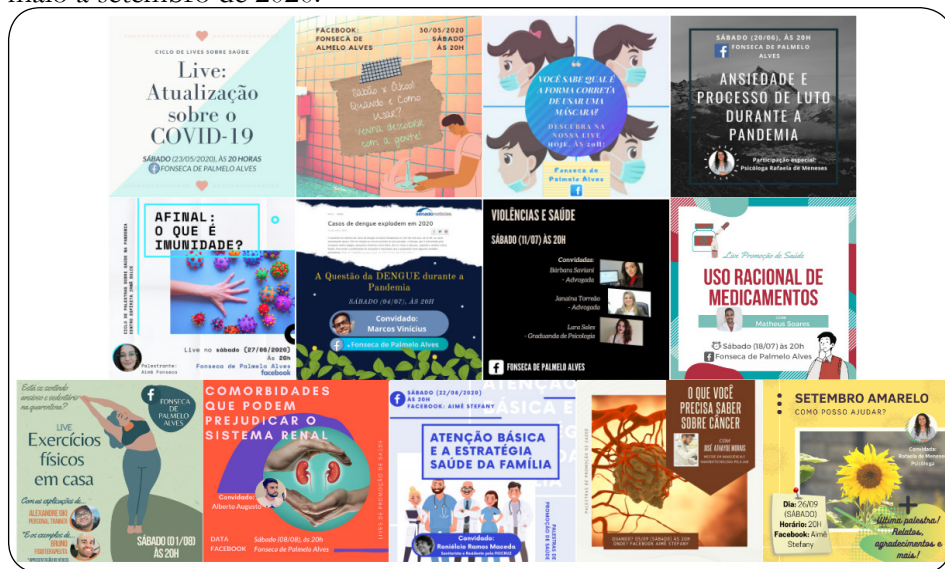


Figura 2 – Imagens de divulgação de todas as palestras realizadas.

As palestras foram realizadas tanto por estudantes de graduação de diversas universidades brasileiras quanto por profissionais de várias áreas do conhecimento, como Psicologia, Saúde Coletiva, Enfermagem, Direito, Farmácia, Educação Física, entre outras. A moderação entre palestrante e público, em todas as palestras, foi realizada por uma estudante da área da Enfermagem, o que garantiu, em palestras de áreas diferentes, o diálogo entre conhecimentos distintos e complementares para a instrução dos espectadores.

Em vista disso, compreende-se a interprofissionalidade na promoção de saúde a populações em vulnerabilidade como o reconhecimento do indivíduo como ser integral, ativo no processo saúde-doença e que, portanto, o cuidado

deve ser centrado na pessoa, sendo papel do profissional de saúde garantir um ambiente harmonioso e interativo entre as diversas dimensões da vida do usuário do serviço de saúde.<sup>8</sup>

Este modelo de colaboração entre profissionais e sociedade mostrou-se efetivo no processo de educação em saúde na intervenção descrita. Esta afirmação se baseia no amplo engajamento da comunidade no processo de promoção de saúde, por meio de participação ativa no *chat* síncrono às palestras, com perguntas e relatos pessoais acerca dos temas tratados, além da sugestão de temas para as palestras posteriores. Também pode-se notar que, ao longo do tempo, novos públicos foram angariados com a iniciativa, passando a abranger um novo escopo de possibilidades de troca de conhecimentos e difusão de informação.

## **Papel da Universidade na promoção de saúde**

O conhecimento acadêmico, ao longo da história, sempre esteve restrito às classes sociais hegemônicas em seu tempo e espaço, principalmente no mundo. A popularização do positivismo na República Velha brasileira repercutiu nos campos político e educacional, espalhando seu caráter progressista liberal ao longo do século XX e se contendo às classes mais altas, principalmente no que se refere ao ensino superior. Percebe-se, portanto, que, até este momento, a educação esteve restrita a uma pequena parcela da população.<sup>6</sup>

O conhecimento acadêmico e o ensino superior apresentam-se supervalorizados nas sociedades ocidentais, haja vista o impacto do cientificismo e de movimentos progressos como a Revolução Industrial inglesa e o Iluminismo. Entretanto, as bases educacionais de qualquer nação se encontram na Educação Básica, ou seja, nas primeiras fases de ensino-aprendizagem do indivíduo. Por conseguinte, como disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, o direito à educação é universal e deve ser garantido pelos Estados, em prol de seu próprio desenvolvimento<sup>1</sup>.

Para tanto, filósofos da educação e didatas, a exemplo do francês Yves Chevallard, elucidam a necessidade de uma transposição didática: o saber científico deve se aproximar do saber escolar, adaptando seu conteúdo a fim de estabelecer proximidade com a realidade vivida pela sociedade e, com isso, haver efetiva retenção do aprendizado pela complementariedade entre conhecimentos anteriores e novos. Numerosos exemplos brasileiros buscaram efetivar a visão de educação plural, universal e adequada ao público à qual se destina, como o ajuste da *Ratio Studiorum*, de Inácio de Loyola, pelo jesuíta José de Anchieta no século XVI, incorporando o vocabulário tupi em seus sermões. O Método Paulo Freire, já no século XX, também é uma evidência recente de como a educação deve ser significativa não apenas para quem ensina, mas para aquele que aprende.<sup>6</sup>

No trabalho em saúde desenvolvido com a população em vulnerabilidade, buscou-se, principalmente, a aproximação dos conteúdos referentes a

áreas do conhecimento acadêmico à realidade da comunidade do posto de assistência, em sua maioria adultos jovens e de meia idade com experiências de vida em relação aos mais diversos temas tratados durante as palestras. Reconheceu-se, diante disso, o papel fundamental do engajamento do próprio público-alvo no processo de ensino-aprendizagem, de maneira não formal, dado que houve grande possibilidade de interação entre palestrantes, mediadora e participantes durante as *lives*.

A educação em saúde, no Brasil, ainda caminha em meio a um sistema público biomédico que privilegia a remediação à medicina preventiva, condição de prejudica não apenas o acesso à saúde pelas populações em vulnerabilidade, mas também a consolidação da democracia e da cidadania no país.<sup>14</sup> Durante a pandemia da COVID-19, tornou-se notório o alcance de notícias falsas e argumentos superficiais acerca de tratamentos, situação sanitária mundial, entre outras. Destarte a grande profusão de informações disponíveis em rede, cabe à comunidade acadêmica e aos ambientes universitários, com formação científica, o apoio à sociedade, principalmente em questões ligadas à saúde.

Entre o público-alvo atingido durante as palestras proferidas, notou-se que grande parte dos indivíduos já havia tido contato, direta ou indiretamente, com casos confirmados de infecção pelo SARS-CoV-2. Contudo, eram poucos os que possuíam real conhecimento dos impactos da doença, social, financeira, política e biologicamente, além de formas de transmissão e prevenção da doença pandêmica e comorbidades. Com isso, podemos inferir que o amplo acesso a informação através da globalização não pressupõe construção de conhecimento; essa questão redefine o papel de educadores e equipes de saúde, principalmente da Atenção Primária à Saúde, e especialmente em tempos críticos.

## Considerações Finais

A saúde constitui-se como direito inalienável aos seres humanos, garantido por declarações internacionais e pela Carta Magna brasileira; apesar disso, ainda se encontra limitada pelos múltiplos determinantes sociais que interferem na qualidade de vida das populações em vulnerabilidade, atrelados ainda à restrição e monopólio do conhecimento científico do meio acadêmico, o que contribui para a difusão de notícias falsas entre a população e desconhecimento motivado por uma educação em saúde deficiente – cenário evidenciado durante a pandemia causada pelo SARS-CoV-2.

Em meio a diversas populações órfãs de iniciativas que contribuam para a garantia de sua autonomia no processos de ensino-aprendizagem e saúde-doença, espera-se que esse relato de experiência seja um precursor para profissionais de saúde interdisciplinares, órgãos estatais e sociedade civil, em defesa às minorias que, em condições sanitárias críticas, necessitam de intensa mobilização para terem garantidos sua cidadania e seus direitos democráticos.

## Referências

- ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (217 [III] A). Paris: ONU, 1948.
- BITTAR, Marisa. **História da educação: da antiguidade à época contemporânea**. São Carlos-SP: EdUFSCar, 2009.
- BRASIL. **Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde**. As Causas Sociais das Iniquidades em Saúde no Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Editora Fiocruz, 2008.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- FREIRE, Paulo. **Cartas a Cristina**. 4. ed. São Paulo, SP: Paz e Terra, 1994.
- GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. **Filosofia e história da educação brasileira: da colônia ao governo Lula**. 2. ed. Barueri-SP: Manole, 2009.
- IBGE. **Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento**. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2018. Brasília, DF: IBGE, 2018.
- LOPES NETO, David; NÓBREGA, Maria Miriam Lima da. Holismo nos modelos teóricos de enfermagem. **Revista Brasileira de Enfermagem**, v. 52, n. 2, p. 233-242, 1999.
- MORAIS, Christianni Cardoso. **História da Educação: Ensino e Pesquisa**. Belo Horizonte MG: Autêntica, 2006.
- PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION. **Health Indicators**. Conceptual and operational considerations. Washington, D.C.: PAHO; 2018.
- ROUQUAYROL, Maria Zélia; SILVA, Marcelo Gurgel Carlos da. **Epidemiologia e Saúde**. 8. ed. Rio de Janeiro, RJ: Medbook, 2018.
- SILVA, Daniel Nogueira. **Determinantes Sociais da Vulnerabilidade à Covid-19: Proposta de um Esquema Teórico**1-Parte II. UNIFESSPA, 2020. Disponível em: <[https://acoescovid19.unifesspa.edu.br/images/Artigo\\_-\\_Parte\\_2\\_-\\_Completo.pdf](https://acoescovid19.unifesspa.edu.br/images/Artigo_-_Parte_2_-_Completo.pdf)>. Acesso em 16 nov 2020.
- SOUZA, Sanay Vitorino de; ROSSIT, Rosana Aparecida Salvador. **Dilemas e Perspectivas dos Recursos Humanos em Saúde no Contexto da Pandemia**. Brasília, DF: Enferm. foco, p. 68-73, 2020.
- UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Digital Economy Report 2019: Value Creation and Capture - Implications for Developing Countries**. Genebra: United Nations Publications, 2019.

# RELAÇÕES ÉTNICO-RACIAIS: A EDUCAÇÃO COMO MECANISMO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

**Juliana Aparecida de Oliveira Pereira Ferreira**

Graduada em Pedagogia pela Universidade Paulista em 2012, cursando atualmente Pós-Graduação em Educação Musical na Faculdade Campos Elíseos desde abril de 2020 e também segue no Mestrado Profissional em Educação pela Universidade de Taubaté-2020. Toda sua trajetória profissional na área Educacional se resume em Professora e Musicista, carreira que vem se dedicando desde 2019, desenvolvendo projetos musicais para eventos em geral e integrando um coletivo de mulheres negras que cantam músicas de empoderamento feminino e de valorização da mulher negra. É apaixonada pela vida e por todas as chances de aprender! Na luta contra o racismo através do conhecimento, em um processo de construção e desconstrução constante. Acredita que a música é a conexão com a sua essência e fonte de esperança inesgotável. Desde 2016 é Professora Efetiva da Rede Municipal de Ensino de São José dos Campos, atualmente ocupa a função de Professora Coordenadora de Projetos no Centro de Educação Empreendedora da Prefeitura Municipal de São José dos Campos

## **Resumo:**

Diante de tantas desigualdades sociais, as relações étnico-raciais constituem um caminho para potencializar ou minorar os preconceitos e discriminações enfrentados no contexto escolar. Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo apresentar reflexões sobre a concepção das relações étnico - raciais e identificar o impacto e urgência de uma reeducação dessas relações, uma vez que a diversidade precisa ser valorizada e contemplada amplamente em todos os níveis da educação. Para tanto, objetiva-se aprofundar teoricamente estas reflexões sobre o direito da população negra à educação, ao longo do desenvolvimento da humanidade, especialmente na perspectiva da raça como categoria política e social, também evidencia-se exprimir o quanto que é emergente construir uma educação antirracista, enquanto política pública, para minorar tamanhas disparidades de acesso, permanência e engajamento social da população negra.

**Palavras-chave:** Desigualdade; Relações étnico-raciais; Diversidade; Educação antirracista.



## Uma desigualdade racial e social historicamente construída

Os processos históricos que iniciaram o desenvolvimento da sociedade brasileira abriram espaço para a construção de alguns estigmas sociais dentre eles: Classe, “Raça” e Gênero, essas denominações são essenciais para que hoje se possa analisar de forma verdadeiramente crítica à situação da população negra da sociedade brasileira, especialmente o egresso do Mestrado Profissional em Educação, uma vez que os que acessam o nível de educação superior *stricto sensu*, sobressaíram à desigualdade social e conseguiram emergir. Nessa perspectiva, Hall (2009) aponta que está acontecendo uma mudança estrutural e transformadora na sociedade do século XX, há um compartimento das paisagens culturais de classe, gênero, sexualidade, etnia, raça e nacionalidade, que, no passado, era pensada individualmente, como características individuais, entretanto, estas transformações estão também mudando as identidades pessoais, levando a ideia de que os sujeitos são integrados nessas perspectivas.

A diferença entre brancos e negros dentro dos grupos sociais, não está expressa apenas na cor da pele, o preconceito e a discriminação racial são problemas que marcam a história e trazem consigo a desigualdade em diversos setores da sociedade: acesso à educação, utilização da força do trabalho, inserção profissional, entre outros. Segundo o documento Síntese de indicadores sociais uma análise das condições de vida da população brasileira do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2019), mais da metade dos brasileiros não tem diploma de ensino médio, 51% da população de 25 anos ou mais possui apenas o ensino fundamental completo ou equivalente, 22,2% das pessoas brancas possuem diploma de graduação, mas entre as pretas ou pardas essa proporção é de 8,8%. Quando se chega no *stricto sensu*, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad 2018), embora representem a maior parte da população (52,9%), os estudantes negros representam apenas 28,9% do total de pós-graduandos. O número de estudantes brancos nessa etapa de ensino também aumentou nos últimos 12 anos, passando de 218,8 mil para 270,6 mil. Diante de tantas evidências, é necessário reconhecer tamanha desigualdade social e buscar reconhecer caminhos de diminuição e potenciais chances de alcançar uma equidade – segundo Almeida (2020) “Não se concebe fazer análise sobre como a sociedade produz a desigualdade sem levar em consideração raça e gênero”, para ele esses não são elementos que só “dão um toque a mais” às análises, é algo ainda mais radicalizante sem olhar essas variantes, condicionantes, sem pensar como raça e gênero estruturam a vida social, é impossível fazer um diagnóstico sobre a desigualdade, do ponto de vista político, econômico ou educacional.

As relações construídas no período da escravidão, juntamente com o desenvolvimento do capitalismo, refletem até hoje nas condições de vida em que a grande parcela da população negra está inserida. Diante disso, é preciso refletir que a sociedade atual é permeada pelo racismo e o preconceito, os

quais têm sido combatidos com algumas iniciativas, porém ainda são muito fortes o que logo, pode-se inferir que as opressões construídas historicamente também afetam a escola e a universidade, a que outrora se propunha a ser um espaço de aprendizagem e construção coletiva do saber e desconstrução de estigmas, preconceitos e desigualdades sociais. É partindo dessa realidade, que se torna necessário trazer uma discussão que, embora não seja tão recente ainda é tomada pela invisibilidade dentro e fora dos espaços de ensino – é preciso falar sobre raça, política e emancipação da população negra, e para isso é preciso que todos se engajem verdadeiramente na luta antirracista e busquem, em seus lugares de fala e de ação, combaterem o apagamento e o silenciamento da cultura afro-brasileira e da população negra.

De acordo com Hall (2003, p. 69), (...) “raça é uma construção política e social. É a categoria discursiva em torno da qual se organiza um sistema de poder socioeconômico, de exploração e exclusão – ou seja – o racismo.” Diante desse conceito, é preciso reconhecer a raça elemento estrutural das relações humanas desenvolvido no coletivo conforme aponta Almeida,

Nossa relação com a vida social é mediada pela ideologia, ou seja, pelo imaginário que é reproduzido pelos meios de comunicação, pelo sistema educacional e pelo sistema de justiça em consonância com a realidade. Assim, uma pessoa não nasce branca ou negra, mas torna-se a partir do momento em que seu corpo e sua mente são conectados a toda uma rede de sentidos compartilhados coletivamente, cuja existência antecede a formação de sua consciência e de seus afetos. (ALMEIDA, 2018, p. 53).

A partir dessa perspectiva, o sentido biológico do termo raça foi sendo repensado e está passando por ressignificações, principalmente por meio do movimento negro brasileiro, que utiliza-se desse termo de forma estratégica, para conseguir valorizar o legado deixado pelos africanos, inclusive, informando como que nas relações sociais brasileiras, algumas características físicas, por exemplo: formato do nariz e da boca, cor da pele, tipo de cabelo, dentre outras, exercem ascendência, intervêm e até mesmo, decidem o rumo e o espaço que os sujeitos ocuparão na sociedade (GOMES, 2004).

O Movimento Negro e alguns sociólogos, quando usam o termo *raça*, não o fazem alicerçados na ideia de raças superiores e inferiores, como originalmente era usada no século XIX. Pelo contrário, usam-no com uma nova interpretação, que se baseia na dimensão social e política do referido termo. E, ainda, usam-no porque a discriminação racial e o racismo existentes na sociedade brasileira se dão não apenas devido aos aspectos culturais dos representantes de diversos grupos étnico-raciais, mas também devido à relação que se faz na nossa sociedade entre esses e os aspectos físicos observáveis na estética corporal dos pertencentes às mesmas. (GOMES, 2017, p. 45).

Para além dessa perspectiva fenotípica, Hall (2000) traz uma questão relevante acerca da construção da identidade cultural dos sujeitos históricos, especialmente os negros e negras, pois se constroem em uma sociedade tipicamente racista que limita as possibilidades de crescimento e os estereotipam veementemente.

[...] O que denominamos “nossas identidades” poderia provavelmente ser melhor conceituado como as sedimentações através do tempo daquelas diferentes identificações ou posições que adotamos e procuramos “viver”, como se viessem de dentro, mas que, sem dúvida, são ocasionadas por um conjunto especial de circunstâncias, sentimentos, histórias e experiências única e peculiarmente nossas, como sujeitos individuais. Nossas identidades são, em resumo, formadas culturalmente (HALL, 2000).

Em virtude da dimensão social e política do conceito de raça, como apontado por Gomes (2017) é essencial pensar e visualizar esse elemento na educação e a partir disso, desenvolver a percepção de que a raça é uma construção social forjada nas tensas relações entre brancos e negros, sendo reafirmada nessa perspectiva nas Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana.

Cabe esclarecer que o termo raça é utilizado com frequência nas relações sociais brasileiras, para informar como determinadas características físicas, como cor de pele, tipo de cabelo, entre outras, influenciam, interferem e até mesmo determinam o destino e o lugar social dos sujeitos no interior da sociedade brasileira. Contudo, o termo foi ressignificado pelo Movimento Negro que, em várias situações, o utiliza com um sentido político e de valorização do legado deixado pelos africanos. É importante, também, explicar que o emprego do termo étnico, na expressão étnico-racial, serve para marcar que essas relações tensas devidas a diferenças na cor da pele e traços fisionômicos o são também devido à raiz cultural plantada na ancestralidade africana, que difere em visão de mundo, valores e princípios das de origem indígena, europeia e asiática. (Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana, 2004, páginas 12 - 13.)

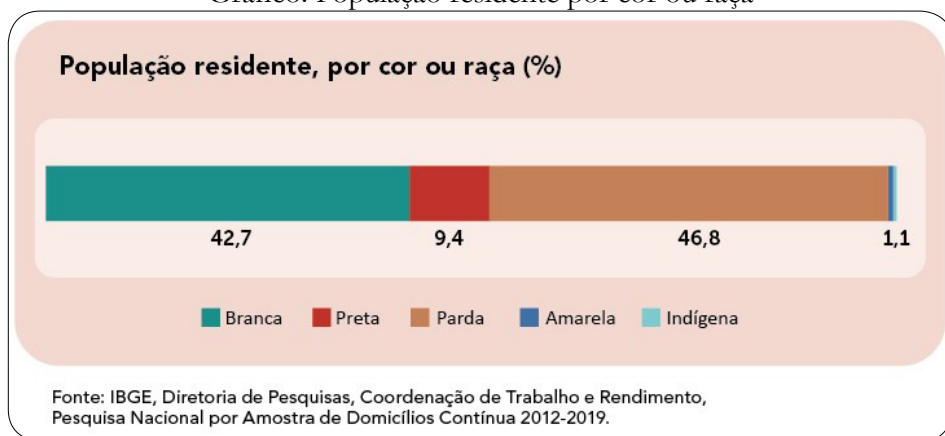
Diante da contextualização apresentada é possível afirmar que, no Brasil, há uma relação tensa entre a cultura e o padrão estético negro e africano e um padrão estético e cultural branco europeu, numa dualidade em que, a presença da cultura negra e o fato de 56,2% da população se autodeclarar preto ou pardo, conforme aponta o IBGE (2019) não serem fatores suficientes para eliminar ideologias, desigualdades e estereótipos racistas, uma vez que ainda persiste, no Brasil, um imaginário étnico-racial que privilegia a branquidão.

e valoriza principalmente as raízes culturais europeias, ignorando ou pouco valorizando as outras, que são a indígena, a africana, a asiática.

Um outro exemplo que evidencia a desigualdade social e desvalorização da cultura afro-brasileira está na Série documental Relatos de Pesquisa “Perfil do professor da educação básica” (2018) organizada pelo INEP - Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira aponta que em todas as etapas de ensino, ao longo de todos os anos, existe um predomínio de professores que se declaram brancos. O segundo grupo mais frequente é o dos que se declaram pardos; pretos, amarelos e indígenas têm uma presença bastante reduzida, com uma frequência menor que 5%, cada um, ao longo de todos os anos, o que evidencia a desigualdade social de acesso à graduação e incita a presente pesquisa a analisar a trajetória docente dos egressos do Stricto Sensu para buscar caminhos de compreensão e de ação para minorar as disparidades.

O gráfico abaixo evidencia o número expressivo da população autodeclarada preta e parda e provoca a reflexão acerca do quando ainda falta para que a cultura afro-brasileira seja representada e valorizada na sociedade Brasileira e seja possível alcançar verdadeiros espaços representativos e corroborar para uma construção positiva das identidades negras, o que evidencia a emergência de reeducar as relações étnico-raciais para minorar tal desigualdade.

Gráfico: População residente por cor ou raça



As Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana apontam que, os diferentes grupos, em sua diversidade, que constituem o Movimento Negro brasileiro, têm mostrado veementemente o quão dura é a vivência dos negros de ter julgados negativamente seu comportamento, ideias e intenções antes mesmo de falarem ou agirem. Os negros têm reforçado no quanto é limitante a experiência de fingir ser o que não é para ser valorizado, e de quão dolorosa pode ser a experiência de negar a tradição do próprio povo

para encaixar-se em um padrão eurocentrado. As diretrizes afirmam ainda “Se não é fácil ser descendente de seres humanos escravizados (...), é difícil descobrir-se descendente dos escravizadores, temer, embora veladamente, revanche dos que, por cinco séculos, têm sido desprezados.” (2004, p.14)

À luz de Frantz Fanon (1979), os descendentes dos mercadores de escravos, não têm, hoje, de assumir transgressões pelas desumanidades provocadas por seus antepassados, no entanto, têm eles a responsabilidade moral e política de combater o racismo, as discriminações e, juntamente com os que vêm sendo mantidos à margem, os negros, construir relações raciais e sociais sadias, em que todos cresçam e se realizem enquanto seres humanos e cidadãos. Assim sendo, a educação das relações étnico-raciais impõe aprendizagens entre brancos e negros, trocas de conhecimentos, quebra de desconfianças e necessita ser um projeto conjunto para construção de uma sociedade justa e equânime.

### **A emergência de uma reeducação das relações étnico-raciais**

Em um movimento profundo e provocativo, é preciso analisar os espaços sociais de poder, levando em consideração o mito da democracia racial, seria necessário haver uma representatividade da população negra nas universidades, nos cargos de liderança, entre outros espaços como a docência. Entretanto, é necessário reconhecer que não há essa representação por conta da desigualdade construída historicamente, conforme apontado anteriormente, para que esse cenário possa ser modificado é preciso reeducar as relações étnico-raciais, inicialmente refletindo sobre como a ocupação dos espaços sociais de maior prestígio ainda são majoritariamente ocupadas por pessoas brancas, a exemplo disso tem-se a esfera acadêmica. Cabe aqui uma reflexão para os leitores e leitoras deste artigo, quantos professores e professoras negras há na trajetória de formação de cada um? Conforme aponta, Fernandes,

“Não existe democracia racial efetiva, onde o intercâmbio entre indivíduos pertencentes a ‘raças’ distintas começa e termina no plano da tolerância convencionalizada. Esta pode satisfazer às exigências do bom-tom, de um discutível ‘espírito cristão’ e da necessidade prática de ‘manter cada um no seu lugar’. Contudo, ela não aproxima realmente os homens senão na base da mera coexistência no mesmo espaço social e, onde isso chega a acontecer, da convivência restritiva, regulada por um código que consagra a desigualdade, disfarçando-a e justificando-a acima dos princípios de integração da ordem social democrática.” (FERNANDES, 1960, p. 14)

De acordo com Ribeiro (2018) a construção de novos espaços já vem sendo feita de forma árdua na sociedade atual, nas classes pobres, nos coletivos organizados, na juventude periférica, estudantil e trabalhadora, onde negras são maioria entre as adeptas de programas como ProUni ou já são co-tistas nas universidades. Entretanto, esses novos espaços ainda não são refle-

tidos na mídia, que muitas vezes distorce as representações sociais e evidencia um lugar de subalternidade e invisibilidade negra.

No que tange ao processo de reeducação das relações raciais é essencial pensar acerca da formação da identidade humana, imbricada nas relações de raça, gênero e classe, numa perspectiva de interseccionalidade, Munanga (1994) apresenta duas definições relevantes desse processo: a definição de si (autodefinição) e a definição dos outros (identidade atribuída) – elas estão ligadas a defesa da unidade do grupo social, a proteção do território contra inimigos, as manipulações ideológicas por interesses econômicos, políticos, psicológicos, e é neste sentido, que para educar as relações étnico-raciais é preciso reconhecer-se neste interstício – diante das posturas preconceituosas, do uso de palavras racistas e até mesmo na desvalorização cultural – é essencial encontrar mecanismos de combate e discutir caminhos para a desconstrução do senso comum e dos preconceitos estruturalmente enraizados na sociedade.

O caminho para reeducação das relações étnico-raciais exige uma reflexão profunda para reconhecer os resquícios avassaladores do racismo estrutural da sociedade brasileira, o qual numa relação de poder sustenta a dominação sobre a população negra. Assim, é preciso enfrentar os preconceitos e caminhar para estreitar os passos para uma educação antirracista.

(...) um dos primeiros passos a ser dado pelas educadoras e pelos educadores que aceitam o desafio de pensar os vínculos entre educação e identidade negra seja reconhecer que qualquer intervenção pedagógica a ser feita não pode desconsiderar que, no Brasil, vivemos sob o mito da democracia racial e padecemos de um racismo ambíguo. A partir daí, é preciso compreender que uma das características de qualquer racismo é sustentar a dominação de determinado grupo étnico/racial em detrimento da expressão da identidade de outros. É no cerne dessa problemática que estamos inseridos, o que significa estarmos em uma zona de tensão. (GOMES, 2002, p.42).

Conforme apontado por Gomes (2002) há um “racismo ambíguo” que pode ser visualizado de maneira evidente no conceito de Racismo Estrutural cunhado por Almeida (2018), o qual exhibe os vestígios dessa racismo, como por exemplo, o fato de grande parte da sociedade considerar ofensas raciais como ‘piadas’, como parte de um humor irreverente que é divulgado na cultura popular em virtude da democracia racial, como se todos fossem tratados igualmente.

É importante rememorar que várias pesquisas têm revelado a luta da população negra pela superação do racismo ao longo da história do Brasil, o que evidencia que esta luta não é de hoje – um caminho de luta que se iniciou com os quilombos, os abortos, os assassinatos de senhores nos tempos da escravidão, tem ativa participação na luta abolicionista e adentra os tempos da república com as organizações políticas, as associações, a imprensa negra, entre outros. Também no período da ditadura militar, várias foram as ações

coletivas desencadeadas pelos negros em prol da liberdade e da democracia, ou seja, é uma longa trajetória em busca de direitos humanos básicos.

Recentemente, o Movimento Coalizão Negra por Direitos em seu manifesto “Enquanto houver racismo, não haverá democracia” evidenciou o brado de justiça da população negra e deixou explicitado o quanto a educação das relações étnico-raciais precisa ser vista como um compromisso público de todos, para que

Não há democracia, cidadania e justiça social sem compromisso público de reconhecimento do movimento negro como sujeito político que congrega a defesa da cidadania negra no país. Não há democracia sem enfrentar o racismo, a violência policial e o sistema judiciário que encarcera desproporcionalmente a população negra. Não há cidadania sem garantir a redistribuição de renda, trabalho, saúde, terra, moradia, educação, cultura, mobilidade, lazer e participação da população negra em espaços decisórios de poder. Não há democracia sem garantias constitucionais de titulação dos territórios quilombolas e o respeito ao modo de vida das comunidades tradicionais, sem contaminação e degradação dos recursos naturais necessários para a reprodução física e cultural. Não há democracia sem o respeito e liberdade religiosa. Não há justiça social sem que as necessidades e os interesses de 55,7% da população brasileira sejam plenamente atendidos. (Manifesto Coalizão Negra, julho de s/p.)

Por fim, na atualidade, é essencial lembrar que não bastam somente afirmações e posicionamentos antirracistas, é preciso alterar relações de poder que, efetivamente, atendam aos interesses e às necessidades da população negra, das mulheres negras, dos homens negros, da juventude negra, das pessoas faveladas, periféricas, LGBTQIA+, quilombolas, praticantes de religiões de matriz africana, negros de distintas confissões de fé, povos do campo, das águas e da floresta. Enfim, é preciso reeducar as relações étnico-raciais a fim de praticar justiça racial a esses sujeitos políticos para que o país tenha futuro sob a égide da democracia e respeito integral aos direitos humanos.

## Conclusão

Quando se fala na emancipação por meio do conhecimento, sobretudo para a população negra, as políticas de cotas sociais e raciais, em espaços de produção de conhecimento, como a universidade, de acordo com Batista (2020), tiveram grande relevância desde sua implementação, porque visam garantir respectivamente, oportunidades para aqueles com condições financeiras desfavoráveis, e que vieram de escolas públicas, e também para que pessoas negras e indígenas tenham acesso a espaços majoritariamente compostos por pessoas brancas.

Ribeiro (2018, p.73) salienta que não houve um plano de inclusão para a população negra depois da abolição. Essa população ficou à margem, indo

das senzalas para a favela, e se hoje a maior parte da população é negra e pobre, é por conta desse passado desumano e cruel, sendo “necessário conhecer a história deste país para entender porque certas medidas, como ações afirmativas, são justas e necessárias”.

Apoiar políticas educacionais afirmativas é um instrumento poderoso, pois estas possuem um potencial transformador e isso é fundamental para combater o racismo. Porque é justamente o racismo estrutural que viabiliza o acesso de grupos elitizados em espaços privilegiados, como universidades públicas e nos concursos públicos (RIBEIRO, 2019).

Portanto, é possível concluir que uma educação antirracista é urgentemente necessária para provocar mudanças sociais drásticas, sendo um mecanismo de emancipação e transformação social. O movimento negro segue na luta para que o direito à educação seja materializado como um caminho para emancipação de seu povo, com o objetivo de que todos subam e cresçam. Deve-se, de maneira crítica, questionar as estruturas que construíram as hierarquias sociais e econômicas, e reivindicar os direitos humanos para todos, pautando-se em uma educação justa e emancipatória para gerações presentes e futuras, ambicionando-se na transformação da sociedade. Além disso, é preciso reconhecer e reafirmar que a luta antirracista é de todos.

## Referências

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

\_\_\_\_\_. **Entrevista.** Disponível em <https://www.socialismocriativo.com.br/raca-e-genero-sao-questoes-centrais-para-analisar-desigualdade-diz-silvio-almeida/> Acesso em 27 de novembro de 2020.

MASTRODI, J; BATISTA, W.M. O dever das cidades includentes em favor das mulheres negras. **Revista de Direito da Cidade**, vol.10, n.3, 2018, p.862-886. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/31664>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

FERNANDES, Florestan. “Prefácio”, in F. H. Cardoso e Octávio Ianni. **Cor e mobilidade social em Florianópolis.** São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.

FRANTZ, Fanon. **Os condenados da terra.** 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979

GOMES, Nilma Lino. **Educação, identidade negra e formação de professores/as:** um olhar sobre o corpo negro e o cabelo crespo. Educ. Pesqui. [online]. 2003, vol.29, n.1, pp.167-182. ISSN 1678-4634. <https://doi.org/10.1590/S1517-97022003000100012>.

HALL, S. **A identidade cultural na pós-modernidade.** Tradução de Tomaz Tadeu da Silva. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005

\_\_\_\_\_. Quem precisa de identidade? In: SILVA, Tomaz Tadeu da (org.). **Identidade e diferença:** a perspectiva dos Estudos Culturais. Petrópolis,RJ: Vozes,



2000.

GOMES, Nilma Lino. **A mulher negra que vi de perto**. Belo Horizonte: Mazza, 1995.

MANIFESTO. **Com racismo não há democracia**. Disponível em <https://comracismonaohademocracia.org.br/> Acesso em em 20 de novembro de 2020.

MUNANGA, Kabengele. Identidade, cidadania e democracia: algumas reflexões sobre os discursos anti-racistas no Brasil. In: SPINK, Mary Jane Paris(Org.) **A cidadania em construção: uma reflexão transdisciplinar**. São Paulo: Cortez, 1994

RIBEIRO, Djamila. **Quem tem medo do feminismo negro?** 1ª edição – São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

RIBEIRO, D. **Pequeno manual antirracista**. 1º ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SOUZA, Neusa Santos. **Tornar-se Negro**. Rio de Janeiro: Graal, 1983.

# A SUBMISSÃO DE ANIMAIS À CRUELDADE X VAQUEJADA COMO PATRIMÔNIO CULTURAL: O EFEITO *BACKLASH* E A NECESSIDADE DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

**Angela Carolina Soncin**

Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto; pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina; em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus; em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera e em Direito do Agronegócio pela Universidade de Araraquara, advogada

## **Resumo:**

O presente trabalho tem por objetivo realizar a análise do efeito *backlash* resultante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983 e consequente aprovação, pelo Congresso Nacional, da Emenda Constitucional 96/17. O impasse criado com a reação legislativa imediata à decisão reforça a necessidade de debate acerca dos limites de atuação dos Poderes e justifica a realização de um estudo acerca da possibilidade de utilização dos diálogos institucionais para minimizar os efeitos resultantes de decisões como a do presente caso. Para tanto, será realizada uma pesquisa exploratória, qualitativa, que se vale do método analítico-dedutivo, com uso de livros, artigos científicos e jurisprudência. Da pesquisa resulta que a realização dos diálogos institucionais pode trazer à questão um debate mais amplo e democrático, de modo a assegurar a eficaz aplicabilidade dos preceitos constitucionais fundamentais.

**Palavras-chave:** Backlash; Vaquejada; Diálogos Institucionais; Meio ambiente; Patrimônio cultural.

## **Introdução**

Inicialmente, cumpre destacar, que a prática da vaquejada se originou da necessidade de o sertanejo arrebanhar o gado que era criado solto na mata. Posteriormente, passou a ser uma competição em que o vaqueiro demonstrava sua habilidade no desempenho da atividade de arrebanhamento, mantendo a tradição de gerações do sertão nordestino.

Atualmente, podemos dizer, de modo simplificado, que a prática da va-

quejada sofreu alterações, sendo realizada em uma arena coberta por areia, onde dois vaqueiros perseguem um boi – que estava enclausurado e é açoitado e instigado a sair em disparada quando da abertura do portão do brete -, não mais no intuito de arrebanhá-lo, mas sim com o objetivo de derrubá-lo, o que fazem agarrando-o pela cauda e torcendo-a, até que ele caia com as quatro patas para cima e, assim, fique dominado.

Cumpra também ressaltar, que a vaquejada, apesar de originária da região nordeste do Brasil, ao longo do tempo, se espalhou para os demais Estados do país e, naturalmente, ganhou grandes proporções, o que acabou por agregar ao interesse cultural, também interesses econômicos e políticos.

Os interesses econômicos e políticos envolvendo a prática da vaquejada serviram de motivador para que movimentos políticos surgissem no intuito de regulamentar a atividade e alcançar seu reconhecimento como patrimônio cultural imaterial do país.

O Estado do Ceará foi o primeiro a editar uma lei neste sentido - Lei 15.299, de 8 de janeiro de 2013 - a qual regulamentou a prática da vaquejada como atividade desportiva e cultural, acirrando grande discussão envolvendo o direito ao meio ambiente equilibrado (neste caso defendendo que não haja maus-tratos aos animais) e o direito às manifestações culturais enquanto expressão da pluralidade.

Com isso, o Procurador Geral da República submeteu o tema, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4983, a apreciação do Supremo Tribunal Federal, o qual, em 6 de outubro de 2016, proferiu decisão entendendo pela inconstitucionalidade da lei cearense.

A decisão - haja vista a divergência de entendimentos existente entre aqueles que defendem a prática da vaquejada como atividade cultural e aqueles que defendem a proteção dos animais contra a crueldade – teve como consequência o efeito *backlash* movimentando os demais Poderes para a tomada de medidas.

A resposta do Poder Legislativo à decisão proferida foi imediata, gerando, inclusive, a aprovação de emenda à Constituição Federal, o que nos faz crer importante a discussão acerca da realização dos diálogos institucionais – com a interação entre o governo, os Poderes, Congresso, partidos políticos, órgãos especializados -, para que os conflitos sejam solucionados de modo a atender com maior imparcialidade e de acordo com os preceitos legais e constitucionais as necessidades da sociedade, sem que haja a extrapolação de competências por quaisquer dos Poderes e a disputa pelo poder da última palavra, mas, sim, para que aconteça a efetiva entrega dos direitos constitucionalmente garantidos aos cidadãos.

Deste modo, o presente trabalho objetiva demonstrar a importância dos diálogos institucionais quando temas sensíveis<sup>1</sup> como o da vaquejada estão

1 As expressões temas, questões ou matérias sensíveis utilizadas neste trabalho devem ser interpretadas como: discussões que envolvam temas controvertidos, com elevado nível de divergência no âmbito da sociedade.

em discussão, assim como destacar o refluxo social (*backlash*) ocorrido no presente caso e as consequências em decorrência dele.

## A Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4983 e o Efeito *Backlash*

Como delineado anteriormente, a prática da vaquejada ganhou grandes proporções no país, passando os eventos que a promove a priorizar lucro e consumo à prática pura e simples da atividade cultural.

Como destaca Mattes (2018, p. 108-109) as formas autóctones da prática da vaquejada

se transformaram em enormes torneios com calendários e regras bem definidas, patrocinados por grandes empresas. Atualmente há eventos que movimentam diversas formas de negócios: inúmeros profissionais (vaqueiros, juízes de prova, locutores, veterinários, equipes de limpeza e inúmeros outros), um grande comércio (de venda de roupas, artigos de couro, hotéis, restaurantes), além de produções artísticas (cantores, empresas de equipamentos de som) e outros negócios paralelos (leilões de animais, comércio de rações, medicamentos, vacinas para animais, compra/venda de sêmen e outros).

Deste modo, interesses políticos e econômicos motivaram a regulamentação da atividade e acabaram por aumentar as discussões entre a prática de maus tratos aos animais e o direito a livre manifestação cultural, o que desencadeou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4983.

A divergência demonstrada na Ação proposta pelo Procurador Geral da República consistiu no conflito entre a norma constitucional que assegura o direito ao meio ambiente, artigo 225, § 1º, inciso VII<sup>2</sup>, e a que garante o direito às manifestações culturais enquanto expressão da pluralidade, artigo 215, §1º<sup>3</sup>, ambos da Constituição Federal.

A Constituição Federal, como visto, garante o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, protegendo os animais da crueldade, e também assegura o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, cabendo, portanto, ao Estado, proteger tanto o meio ambiente, como as manifestações culturais.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da

2 “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

3 “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”.

Constituição Federal, decidiu, por seis votos a cinco, pela inconstitucionalidade da lei cearense, afirmando, a maioria, que a prática da vaquejada, por si só, submete o animal bovino à crueldade, o que contraria os ditames constitucionais e não pode ser admitido (2016).

Conforme consta no voto do relator, Ministro Marco Aurélio (2016), “o comportamento decisório do Supremo diante da necessidade de ponderar o direito ao meio ambiente com os direitos individuais de naturezas diversas tem sido o de dar preferência ao interesse coletivo” e, assim, vem procedendo o Supremo Tribunal Federal em temas que envolvem a crueldade contra animais, afirmando que práticas cruéis mostram-se totalmente incompatíveis com o disposto no artigo 225, § 1º, inciso VII, da Constituição Federal.

E mais, o relator (2016), demonstrando o fundamento do seu entendimento acerca da ocorrência de tratamento cruel aos animais envolvidos na prática da vaquejada, destaca laudo técnico juntado aos autos que demonstra que esta prática - que tem por objetivo a derrubada do boi pelos vaqueiros puxando-o pelo rabo - traz consequências nocivas à saúde do animal “decorrentes da tração forçada no rabo, seguida da derrubada, tais como fraturas nas patas, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, traumatismos e deslocamento da articulação do rabo ou até o arrancamento deste”, o que resulta no “comprometimento da medula espinhal e dos nervos espinhais, dores físicas e sofrimento mental”, sem contar os danos causados aos cavalos que carregam os vaqueiros na “caçada” aos bois, os quais sofrem lesões e danos irreparáveis como “tendinite, tenossinovite, exostose, miopatias focal e por esforço, fraturas e osteoartrite társica”, o que não o permitiu admitir que tal prática seja realizada (2016).

No mesmo sentido, o ministro Barroso (2016) destaca a crueldade envolvida à prática da vaquejada e descreve minucioso estudo realizado sobre o tema, ressaltando que “nenhuma regulamentação seria capaz de evitar a prática cruel à qual esses animais são submetidos”, uma vez que a vaquejada é caracterizada pela “puxada do boi” pela cauda e pela derrubada do boi dentro da chamada “faixa” e que, a proibição da prática, pelo vaqueiro, de tracionar e torcer a cauda do boi, assim como de derrubar o animal, “descaracterizaria a própria vaquejada, fazendo com que ela deixasse de existir”.

Assim, o relator Marco Aurélio e os ministros Roberto Barroso, Rosa Weber, Celso de Melo, Carmem Lucia e Ricardo Lewandowski votaram pela inconstitucionalidade da lei, reconhecendo que a prática é cruel e, portanto, viola preceito constitucional. Vencidos ficaram os ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes, Teori Zavascki, Luiz Fux e Dias Toffoli, que entenderam pela constitucionalidade da lei.

A divergência interpretativa “é uma condição normal para a evolução do direito constitucional” (POST e SIEGEL, 2007, p. 373), sendo, portanto, justamente quando o Poder Judiciário desempenha seu papel principal de julgador, aplicando e interpretando a Constituição, como foi no presente caso, que pode surgir uma reação por parte da sociedade em sentido contrário ao

que foi decidido, denominada ‘refluxo social’, ou, como trazido pelo sistema estadunidense, efeito *backlash*. Assim, o dissenso não esteve presente apenas no Tribunal e foi muito além da simples manifestação de descontentamento por parte da sociedade com a decisão proferida pela Corte.

Como traz Valle (2013, p. 5), a palavra *backlash* traduz um movimento de reação, “em resposta a uma mudança igualmente brusca na trajetória do movimento”, o que pode ser observado com a decisão proferida, a qual causou forte mobilização da sociedade, assim como política-legislativa na Câmara Federal dos Deputados e no Senado, em busca da regulamentação da atividade e do seu reconhecimento como patrimônio cultural imaterial, haja vista que a Corte decidiu pela inconstitucionalidade da lei e reconheceu a crueldade da prática da atividade.

Corroborando neste sentido, Chueiri e Macedo (2018, p. 144-145) trazem que, após a decisão proferida

houve uma rápida e significativa mobilização por parte da população nordestina ligada a esta prática esportiva-cultural. Em Salvador, em Brasília e em outras cidades, além de manifestações a favor da prática, houve a defesa da prática por meio de adesivos colocados em carros e caminhões. Essa mobilização foi além da rápida resposta congressual, a qual poderia induzir, equivocadamente, a ideia de que houve uma resposta legislativa (de uma elite) à decisão judicial proferida pelo STF (outra elite). Tanto a reação popular quanto a legislativa, ambas imediatas ao fato, desafiaram várias interpretações a respeito do tema, expondo as múltiplas vozes que dão sentido à Constituição, seus princípios, suas diretrizes e seus possíveis arranjos.

Nota-se, portanto, que no presente caso, o refluxo social contra a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal foi imediato, ressoando em forte movimento da Câmara e do Senado.

Foram diversos projetos apresentados sobre a temática, com destaque ao Projeto de Lei nº 24/2016 apresentado pelo Capitão Augusto do Partido da República do Estado de São Paulo, da Frente Parlamentar Agropecuária, com o objetivo de regulamentar a atividade da vaquejada como patrimônio cultural imaterial.

A Câmara dos Deputados aprovou e o Senado sancionou o projeto apresentado, sendo ele convertido na Lei nº 13.364/2016<sup>4</sup>, conseguindo, por-

4 “Art. 1º: Esta Lei reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais, eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal. Art. 2º: O rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, são reconhecidos como manifestações culturais nacionais e elevados à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro, enquanto atividades intrinsecamente ligadas à vida, à identidade, à ação e à memória de grupos formadores da sociedade brasileira. Art. 3º: São consideradas expressões

tanto, elevar a atividade da vaquejada à condição de manifestação da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial.

Com isso, em 19 de outubro de 2016, o Senador Otto Alencar (PSD/BA) apresentou a proposta de Emenda à Constituição nº 50/2016, no intuito de permitir a realização de manifestações culturais registradas como patrimônio cultural brasileiro, desde que não atentem contra o bem-estar animal.

Apenas quatro meses depois da proposta, ou seja, em 14 de fevereiro, a proposta de emenda nº 50/2016 foi aprovada pelo Senado e encaminhada para a votação pela Câmara, onde foi, em 31 de maio de 2017, aprovada e, em 6 de junho de 2017, promulgada pela Mesa das duas Casas, tornando-se a Emenda Constitucional nº 96/2017.

Com este resultado, o artigo 225 da Constituição Federal teve o §7º a ele acrescido com a seguinte redação:

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

A partir de então, a prática da vaquejada passou a ser autorizada pela Constituição Federal, uma vez que reconhecida por lei como patrimônio cultural imaterial, subentende-se que sua prática não submete os animais à crueldade, sendo permitida, portanto.

Cumpra aqui ressaltar a agilidade na aprovação do projeto de lei, assim como da Emenda Constitucional, sem qualquer audiência pública, debates entre os órgãos especializados, veterinários, instituições ambientalistas, associações culturais, comunidades, o que demonstra uma evidente disputa pelo poder da última palavra, reforçando, ainda mais, a evidente necessidade de realização dos diálogos institucionais para que questões sensíveis como a da vaquejada sejam amadurecidas e decididas de modo a preservar os preceitos fundamentais contidos na Constituição Federal.

A tomada de decisões em matérias sensíveis como a presente, ainda que realizada por aqueles que foram eleitos pela maioria, quando são realizadas para suprir interesse individuais e muitas vezes econômicos causam prejuízos aos menos favorecidos, sejam eles as minorias estigmatizadas ou mesmo o meio ambiente, o que não se deve admitir.

Como trazem Cléve e Lorenzetto (2015, 189), é de suma importância

---

artísticas e esportivas do rodeio, da vaquejada e do laço atividades como: I - montarias; II - provas de laço; III - apartação; IV - bulldog; V - provas de rédeas; VI - provas dos Três Tambores, Team Penning e Work Penning; VII - paleteadas; e VIII - outras provas típicas, tais como Queima do Alho e concurso do berrante, bem como apresentações folclóricas e de músicas de raiz”.

que existam “canais de diálogo entre as instituições, pois, uma pode ter melhores condições que outra para lidar com o caso concreto em apreço” e assim o diálogo pode auxiliar no fortalecimento e amadurecimento das discussões sobre matérias sensíveis, fazendo com que as medidas adotadas em prol da sociedade sejam ainda mais concretas e efetivas.

O diálogo “é uma imagem fecunda e expressiva para a política. É signo de igualdade, respeito mútuo e reciprocidade. Denota uma relação horizontal e não hierárquica. Carrega, portanto, um valor sedutor para justificar decisões de autoridade” (MENDES, 2008, p. 97).

O tema da vaquejada é demasiadamente complexo e está longe de ser pacificado, mesmo diante da inclusão do § 7º ao artigo 225 da Constituição Federal, haja vista que existem outras duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs nº 5.728 e nº 5.772) ainda pendentes de julgamento.

E mais, em 17 de setembro de 2019, mesmo com toda discussão envolvendo o tema, a Lei 13.364/16 foi alterada pela Lei nº 13.873 para trazer algumas regulamentações à prática da vaquejada, e, ainda, ampliar para outras atividades - também discutíveis acerca da crueldade com animais - a qualidade de patrimônio cultural imaterial.

Vale destacar que o presente estudo não tem por objetivo valorar a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal ou a edição da Emenda Constitucional pelo Poder Legislativo - apesar de corroborarmos com o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal acerca da crueldade que envolve a prática da atividade da vaquejada. O objetivo, aqui, é realizar a análise do efeito *backlash* - diante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983 e consequente aprovação pelo Congresso Nacional da Emenda Constitucional 96/2017, acrescentando o §7º ao artigo 225 da Constituição Federal - reacendendo a discussão entre as teorias minimalista e maximalista e reforçando a necessidade dos diálogos institucionais para uma concreta entrega de direitos fundamentais garantidos pela Constituição.

## Da Necessidade dos Diálogos Institucionais

Como foi possível observar, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal gerou o efeito *backlash*, tendo como consequência a rápida ação política-parlamentar, deixando clara a disputa pelo poder da última palavra.

Apesar disso, como ressaltado há pouco, as discussões sobre o tema estão distantes do fim, haja vista o impasse existente entre a prática de maus tratos aos animais que participam da atividade, declarada pela Corte, e a defesa do direito às manifestações culturais ante o reconhecimento da atividade da vaquejada como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro.

Como destacam Chueiri e Macedo (2018, p. 147), os ministros, quando da realização do julgamento do caso da vaquejada, acabaram por trazer



diferentes interpretações sobre o tema, as quais variaram ora em favor dos direitos dos animais com a consequente proibição da crueldade, “ora em favor da manifestação cultural desde que não resulte em crueldade. Provocou a sociedade, mobilizou a opinião pública e fez a política parlamentar assumir a controvérsia resultando em decisão contrária a que tomou o STF”, o que demonstra a falta de amadurecimento e conhecimento sobre o tema em discussão.

Conforme já mencionado, a reação legislativa à decisão proferida pela Corte foi imediata, o que deixa expressa a necessidade da realização de um debate sobre quais são os limites de atuação do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional e como devem proceder os Poderes quando estão diante de situações como a revelada pela discussão da atividade da vaquejada, já que a atuação de quaisquer dos Poderes, quando desarmônica, pode causar impactos irreversíveis à democracia, assim como infração aos preceitos fundamentais.

O Poder Judiciário é quem detém a competência para realizar o controle de constitucionalidade das leis (seja como controle difuso ou concentrado), garantindo que a Constituição seja respeitada pelos demais Poderes quando da elaboração de normas ou, na hipótese de realização do controle em primeiro ou segundo grau de jurisdição, quando da análise de casos concretos.

Vale aqui mencionar, ainda que de forma breve, que as teorias do minimalismo judicial e do constitucionalismo democrático, podem trazer diferentes interpretações para o caso em análise, nos fazendo refletir se, de fato, a Corte deveria ter proferido uma decisão profunda (neste momento sob o enfoque da teoria minimalista de Cass Sunstein), ou, ainda, de quem seria a última palavra para o caso (já sob o enfoque do Constitucionalismo Democrático de Robert Post e Reva Siegel).

A teoria do minimalismo judicial defende que as Cortes deveriam atuar de forma contida, ou seja, atenta para a análise específica do caso concreto posto, sem realizar discussões abstratas, deixando, inclusive, sem resposta, questões ainda não amadurecidas suficientemente para que a decisão seja proferida - como no presente caso - exercendo as chamadas “virtudes passivas”<sup>5</sup>.

Sunstein (2001 p. 59) entende que a decisão proferida pela Corte “pode ativar forças opostas e desmobilizar os atores políticos que ela favorece. Ela pode produzir um intenso refluxo social, em um processo de deslegitimação de si própria assim como o objetivo que ela procura promover” levantando importante preocupação com o fortalecimento da democracia deliberativa e defendendo a necessidade de um debate público robusto como fonte de embasamento para a decisão.

5 O termo “virtudes passivas” nasceu com Alexander Bickel, sendo Sunstein adepto, com ressalvas, a esta teoria. Os dois autores se diferenciam quanto ao enfoque dado na aplicação desta teoria. Bickel se fixa no estudo da “não decisão” trabalhando com o tempo, ou seja, com o amadurecimento de conceitos e conclusões acerca do objeto de análise e Sunstein se aprofunda no estudo da “não decisão” no exato momento de se decidir, ou seja, quando a Corte deixa de analisar além do necessário dentro da decisão proferida.

Já as decisões maximalistas defendidas pelo constitucionalismo democrático são mais abrangentes, mas também adeptas a um debate robusto de embasamento. Nos dizeres de Bunchaft e Vinciguerra (2017, p. 738) esta teoria seria “um modelo para a compreensão dos esforços para fazer valer a Constituição em cenários de divergência pública, afirmando o papel do governo representativo e dos indivíduos engajados em legitimar os princípios da Carta”.

Assim, independentemente de qual seja a melhor resposta às reflexões trazidas ou o melhor posicionamento para tanto, dentro do enfoque maximalista ou minimalista, importante se torna reforçar que os movimentos que mobilizaram os Poderes a refletirem sobre a temática em análise buscavam a interpretação da Constituição e, ao nosso ver, é essa busca pela interpretação da Constituição o que deve servir de base para a realização dos diálogos institucionais.

Bunchaft (2015) defende que a atuação das Cortes de forma minimalista ou maximalista dependerá das condições de deliberação das categorias sociais afetadas pela lei em pauta, das condições institucionais da Corte envolvida e da presença de matérias envolvendo direitos de grupos estigmatizados.

De todo modo, importante se faz reforçar a necessidade da realização dos diálogos institucionais em prol do deslinde de impasses que envolvam questões sensíveis como o caso da prática da atividade da vaquejada, com a participação do governo, das comunidades envolvidas, instituições não governamentais ambientais, associações, partidos políticos, seja por meio de audiências públicas ou participação direta nas demandas judiciais, para que assim se possa garantir uma correta aplicação dos princípios constitucionais e a concreção da entrega dos direitos fundamentais.

## Considerações Finais

Diante do exposto foi possível notar que o forte efeito *backlash* surtido com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, causou um grande movimento de interesse político e econômico que desaguou na rápida aprovação de leis e também de emenda à Constituição Federal, reconhecendo a prática da vaquejada como patrimônio cultural imaterial e autorizando sua realização.

É evidente a disputa pelo poder da última palavra, o que acaba por resultar em uma insegurança jurídica, além de não garantir a devida interpretação ao texto constitucional, reforçando, ainda mais, a necessidade de realização dos diálogos institucionais para que questões sensíveis como a posta neste estudo possam ser amadurecidas de modo a atender aos preceitos fundamentais contidos na Constituição Federal.

Importante ressaltar que as decisões, sejam elas minimalistas ou maximalistas, não podem estar pautadas em questões ideológicas, devendo ser definidas pelos fatores fáticos presentes na discussão, sem qualquer subjetivismo

ou interesses particulares.

E mais, o receio da ocorrência do efeito *backlash* também não pode ser um limitador para que decisões contramajoritárias aconteçam. Defendemos, aqui, que a realização dos diálogos institucionais seria a melhor alternativa para ver minimizado o efeito *backlash*, assim como para garantir a entrega dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

Ademais, quando estivermos diante de um processo legislativo deficiente, seja pela omissão ou pela atuação de forma a não atender a normas constitucionais, as Cortes devem atuar e, assim, suprir a falha existente.

Não se defende, por óbvio, que na ausência ou falha na atuação dos demais Poderes, o Judiciário deva proferir decisões ativistas. Ao contrário, o que se pretende, é a realização dos diálogos institucionais, de modo a tornar madura a matéria trazida à apreciação do Judiciário, por meio do debate democrático firmado entre os Poderes e os movimentos sociais.

Por fim, podemos dizer que preocupações como as levantadas por constitucionalistas acerca do caráter contramajoritário do controle de constitucionalidade, ou também a preocupação acerca da supremacia do Judiciário, ou ainda acerca da possibilidade de acontecer um governo de juízes, podem ser minimizadas quando da realização dos diálogos institucionais, uma vez que a solução para o problema é dada por meio do diálogo, não havendo, portanto, concentração de poder.

## Referências

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo Judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos Tribunais**, v. 1008/2019, p. 43-54, out. 2019.

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro** [livro eletrônico], 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, v. 12, n. 21, jan. /jun. 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>. Acesso em: 6 ago. 2020.

BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue**, 71 *Brook. L. Rev.* (2006). Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>. Acesso em: 2 jun. 2019.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. ed. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BUNCHAFT, Maria Eugênia; Vinciguerra, Tania Regina Dalmoro. O Caso Obergefell V. Hodges e a Suprema Corte Norte-Americana: uma análise sobre o Backlash à Luz do debate entre Post, Siegel e Sustain. **Revista Eletrônica Direito & Política**. 2017. v. 12, n. 2. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/11018>. Acesso em: 10 maio 2019.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados: filosofia do reconhecimento**. Curitiba: Juruá, 2014.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. Direito, Estado e Sociedade, **Revista do Programa de Pós-graduação da PUC Rio**, Rio de Janeiro, n. 38, p. 154-180, jan./jun. :2011. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/189/171>>. Acesso em: 10 jun 2019.

CARDOSO, Rodrigo Mendes. As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **RECHTD - Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 6, n. 2, 2014. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.62.10>. Acesso em: 29 jul. 2020.

CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Arthur Castillo de. Teorias Constitucionais Progressistas, Backlash e Vaquejada. **Sequência** (Florianópolis), Florianópolis, n. 80, p. 123-150, Dez. 2018. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2177-70552018000300123&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552018000300123&lng=en&nrm=iso). Acesso em 7 ago 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n.3, p. 183-206, set. /dez.2015. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2359-56392015000300183&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2359-56392015000300183&script=sci_arttext). Acesso em: 20 ago. 2020.

GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. **Backlash to the future?** Fron Roe to Perry. *UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 60, p. 240-246, 2013. Disponível em: <<http://www.uclalawreview.org/pdf/discourse/60-17.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2020.

MATTES, Anita. Análise do Reconhecimento Legal da Vaquejada como Patrimônio Cultural Imaterial Brasileiro. *Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v.13, n.29, p. 105-124 jan/abr.2018. Disponível em <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2589/0>. Acesso em: 7 jun. 2019.

MENDES, Conrado Hubner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese (Doutorado) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo: Saraiva, 2008.

POST, Robert C.; SIEGEL, Riva B. **Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash**. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, n. 2, p. 373-433, summer, 2007. Disponível em: [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel\\_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf). Acesso em 24 mar. 2019.

SUNSTEIN, Cass R. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Harvard University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. **Backlash's Travels**. University of Chicago Public Law & Legal Theory. Working Paper n° 157, 2007.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Backlash à decisão do Supremo Tribunal

Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática. **Revista Academia**. 2013. Disponível em: [https://www.academia.edu/5159210/Backlash\\_%C3%A0\\_decis%C3%A3o\\_do\\_Supremo\\_Tribunal\\_Federal\\_pela\\_naturaliza%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_dissenso\\_como\\_possibilidade\\_democr%C3%A1tica?email\\_work\\_card=view-paper](https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_possibilidade_democr%C3%A1tica?email_work_card=view-paper). Acesso em 20 ago. 2020.

# **A BIOMIMÉTICA COMO INSTRUMENTO DE PROPAGAÇÃO, NA DIMENSÃO ECOLÓGICA, DA PROTEÇÃO DA DIGNIDADE NÃO HUMANA**

**Jamile Gonçalves Calissi**

Doutorado e Mestrado (Bolsista Integral CAPES) em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Graduação em Direito pelas Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Raul Bauab. Professora de Educação Superior, Nível IV - Grau A, do quadro de pessoal da Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade Ituiutaba. Professora das Faculdades Integradas de Jaú

**Renato Zanolla Montefusco**

Mestre em Direito com ênfase em Teoria do Direito e do Estado pela UNIVEM – Centro Universitário Eurípedes de Marília. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UEL – Universidade Estadual de Londrina/PR. Professor de Educação Superior, Nível IV - Grau A, do quadro de pessoal da Universidade Estadual do Estado de Minas Gerais, Unidade Ituiutaba. Professor das Faculdades Integradas de Jaú

## **Resumo:**

O objetivo do presente trabalho é o estudo da biomimética enquanto linha de pensamento utilizada como técnica e instrumento para o desenvolvimento da dimensão ecológica da proteção da dignidade não humana. Para tanto, será utilizada pesquisa bibliográfica e, na escrita, o procedimento dedutivo. Justifica-se o presente estudo, pois, a partir dele, poderá ser possível enfrentar as perspectivas de proteção e normatização jurídico-legislativa à solução das questões atinentes à dignidade não humana.

**Palavras-chave:** Biomimética; Dimensão ecológica; Dignidade não humana.

## **Introdução**

A biomimética estabelece como linha de pensamento a ideia de que deliberadamente a raça humana imite a natureza, incorporando seus modelos, sistemas e elementos tanto nos projetos quanto nos processos em busca de soluções de problemas complexos. Trata-se da busca pela inovação inspirada na natureza propriamente dita. Nesse sentido, a técnica introduz a percepção de que o modelo natural sempre motivou e inspirou a evolução da humanidade e, por consequente, apresenta-se como instrumento viabilizador do desen-

volvimento da proteção da dignidade não humana. Ao adotar três princípios fundamentais, a saber, a) natureza como modelo onde se busca imitar modelos, formas e processos naturais; b) natureza como medida onde se adota um padrão para delimitar a sustentabilidade das inovações e c) natureza como mentora onde se valoriza a natureza e o modo pelo qual se aprende com ela, a biomimética apresenta-se inovadora no enfrentamento do reconhecimento da dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e, por consequente, na atribuição de dignidade e direitos aos animais não-humanos e à natureza, inclusive avançando rumo a um novo paradigma jurídico biocêntrico.

Se os seres humanos deveriam imitar a natureza é uma indagação e proposta inquietantes. Como exemplo, foi observada a relevância dessa perspectiva quando corujas, pinguins de Adelie e a ave conhecida como Martin Pescador trouxeram uma solução ao “boom sônico” do trem bala Shinkansen no Japão. Seu criador, Eiji Nakatsu, que inclusive era um observador de pássaros e gerente geral do departamento de desenvolvimento técnico da Empresa Ferroviária de Alta Velocidade Shinkansen do Japão operada pela companhia privada Japan Railways Group, utilizou ciência atrelada a observação da natureza para desenvolver seu projeto.

Confirma-se, desse modo, que o modelo adotado para o estudo é capaz de, em seu aprofundamento e percepção no tocante ao uso da natureza como modelo reprodutivo para as relações jurídico-sociais, descortinar instrumentos, técnicas e viabilização para a formatação e compreensão de um arcabouço jurídico completo e viável para o desenvolvimento tecnológico da humanidade concomitante com a proteção da dignidade não humana.

## **A Dimensão Ecológica e a Proteção da Dignidade Não-Humana**

A dignidade humana, em uma concepção kantiana individualista e antropocêntrica, é a pedra basilar da edificação constitucional do Estado Social, democrático e ambiental brasileiro. Contudo, essa é uma questão que deve ser tratada a partir de uma ótica multidimensional e, por isso, não pode limitar-se a uma visão reducionista, unicamente biológica ou física. Mais do que isso, a dignidade humana precisa ser interpretada a partir de uma dimensão ecológica de forma a abranger a qualidade de vida em sua totalidade e, a considerar, dentro do ambiente, a vida humana e a vida não humana de forma a avançar nas construções morais e jurídicas para ampliar o espectro de incidência do valor dignidade para outras formas de vida, além da humana, e para a construção da proteção da natureza como um todo<sup>1</sup>.

Essa nova forma de construção jurídica possibilita, por exemplo, a análise filosófico-jurídica da autonomia e da condição de sujeito de direitos dos

---

1 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

animais não-humanos em um possível (ao menos no campo teórico<sup>2</sup>) esgotamento da visão paradigmática de outrora<sup>3</sup>, inclusive, com penetração em uma nova teoria política de direitos animais<sup>4</sup>.

Nesse contexto, a possibilidade de construção de um status moral dos animais sensíveis apresenta-se como fundamento para reconhecimento da dignidade do animal não-humano.

Essa construção é feita no bojo do Estado Socioambiental, composto por um mínimo existencial socioambiental comprometido com a Teoria dos Direitos Fundamentais.

Nesse sentido, uma dimensão ecológica está contida no conteúdo normativo do princípio da dignidade humana e tem como projeto político-jurídico a reunião das conquistas tanto do Estado Liberal quanto do Estado Social para o reconhecimento efetivo de um Estado Socioambiental em que o marco jurídico-constitucional encontra-se na convergência entre a tutela dos direitos sociais e a tutela dos direitos ambientais em uma composição de um projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano em níveis tais (sustentáveis) capaz de traduzir uma visão integrada de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, criando condições de se acrescentar novos elementos normativos ao conteúdo do mínimo existencial social de maneira a oportunizar que a dimensão ecológica do direito-garantia ao mínimo existencial socioambiental ganhe espaço no reconhecimento de validade<sup>5</sup>.

A inovação que ora se apresenta, por meio de reconhecimento de novas categorias de direitos diretamente ligadas a ampliação do conceito de dignidade, é perfeitamente possível a partir de reestruturações e atualizações, do ponto de novas realidades empíricas, de categorias conhecidas e consagradas há muito<sup>6</sup>.

Nesse sentido, o próprio reconhecimento dos animais domésticos como concidadãos de nossas comunidades políticas como uma necessidade ética. Nessa construção, há uma teoria política dos animais a considerar que os interesses dos indivíduos de outras espécies devem ser observados quando da

---

2 A problemática está inserida na dificuldade, ainda persistente, de estender ao animal não-humano os estatutos jurídicos próprios do ser humano, ligados ao conceito de pessoa. Contudo, o que, empiricamente ainda possa parecer intransponível, começa a ganhar novos contornos com a teorização sobre a ampliação da ideia de humanidade atingir a autonomia do animal não-humano (MEDEIROS, Fernanda Luíza Fontoura; CACHAPUZ, Maria Cláudia. Autonomia e capacidade a animais não-humanos. *Revista Jurídica Luso Brasileira (RJLB)*. Lisboa. Ano 4 (2018), n° 4, 755-780).

3 HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2004.

4 DONALDSON, Sue; KYMLICKA, Will. *Zoopolis: a political theory of animal rights*. New York: Oxford, 2011.

5 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O Direito Constitucional-Ambiental brasileiro e a governança judicial ecológica: estudo à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2019, vol. 11, n. 20, págs. 42-110, jan-jul, 2019.

6 ALEXY, Robert. *A Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002.



determinação do bem comum da sociedade. Assim, os animais silvestres, para além da concidadania dos animais domésticos, seriam cidadãos em suas próprias comunidades soberanas (*sovereignty theory*)<sup>7</sup>.

Assim, diversas são as novas teorias que buscam criar condições para uma maior proteção ambiental, passando pela elaboração da chamada dimensão ecológica e, por fim, com o reconhecimento da existência de uma dignidade não-humana. E, como forma de ampliar a elaboração dessas propostas, a biomimética se apresenta, também, como um novo instrumento de ressignificação da dimensão ecológica e da dignidade não-humana na esfera, principalmente, econômica, ao apresentar propostas de utilização da natureza sem preceder da dimensão ecológica e com a utilização da técnica de replicação dos elementos naturais para o desenvolvimento econômico.

## **A Biomimética: um Instrumento Aliado à Proteção da Dimensão Ecológica e da Dignidade Não-Humana**

Biomimética, uma de inúmeras escolas de pensamento da economia circular, refuta a continuidade e apego a economia linear que transcende à primeira etapa/fase da revolução industrial em meados de 1750 e se coaduna a um mosaico estruturado pela (i) Economia de *Performance* (economia em circuito fechado e do desempenho); (ii) Ecologia Industrial; (iii) Design Regenerativo; (iv) “Berço ao Berço” (*Cradle-to-Cradle ou C2C*); (v) Capitalismo Natural; (vi) “blue economy”.

Biomimética é uma prática, pois propõe um aprendizado na imitação das estratégias encontradas na natureza para solucionar desafios do *design* humano, oferecendo vislumbre empático e transdisciplinar de como a vida funciona, a percepção da existência de uma tecnosfera<sup>8</sup> jungida à biosfera e onde o humano e não-humano se encaixa nesse contexto. O objetivo dessa escola de pensamento da economia circular é criar produtos e processos, quiçá políticas, que resolvam os desafios de *design* de forma sustentável.

Para tanto, elementos essenciais que disciplinam os aportes epistemológicos que diferenciam esta escola de pensamento das demais têm guarida no (i) *Ethos*; (ii) *Reconectar*, e; (iii) Emular. Tais elementos tem objetivo de estabelecer condições propícias à vida humana e não-humana, incorporando essas três esferas de forma interconectada. O *ethos* é a essência, ética, intenções e

7 DONALDSON; KYMLICKA, *op. cit.* São três os grandes grupos de animais: silvestres, liminares e domésticos. Os silvestres não estão localizados em comunidades humanas e não dependem dos cuidados humanos. Os liminares estão em comunidades humanas, mas não dependem dos cuidados humanos. Os domésticos estão em comunidades humanas e dependem dos cuidados humanos. Esses três grupos estão divididos por dois critérios: a proximidade que eles estabelecem em comunidades humanas e dependência que eles possuem em relação aos seres humanos.

8 *Tecnosfera: estruturas constituídas pelo trabalho humano no espaço da biosfera.* RUAÑO, Javier Collado. Um Olhar Transdisciplinar e Biomimético à Educação Para a Cidadania Planetária e aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. *Currículo sem Fronteiras*, v. 18, n. 2, p. 500-29, 2018.

filosofia da prática da biomimética; O *reconectar* representa a necessidade de uma aproximação do homem ao meio ambiente e formação de lações sustentáveis; O *emular* estabelece a necessidade da coadunação da *tecnosfera* com a *biosfera* de forma factível e equilibrada em “processos” dos quais o humano interaja.

Inovadora ao vislumbrar novos “*designs* de coisas” e sua aplicabilidade para o êxito do homem em seu habitat busca através da observação a análise da natureza evidenciando soluções que auxiliam a humanidade como aludido anteriormente. Assim, permite a construção de processos de utilização da natureza pelo homem sem, entretanto, subjugar a natureza como mero objeto; para além disso, tem a natureza como modelo a ser adotado na implementação de práticas humanas e econômicas. Nesse sentido, exemplo icônico, mas não único, é de um engenheiro observador de pássaros que economizou milhões de dólares para sua empresa.

“Tokaido Shinkansen”, empresa de transporte ferroviário operada pela companhia privada Japan Railways, enfrentava situação inusitada em suas operações de transporte de passageiros: (i) o ruído produzido pelos “vórtices de Karmam”<sup>10</sup> e; (ii) o forte estrondo sônico, “*boom sônico*”<sup>11</sup>, que ocorria por conta da aceleração dos trens em túneis gerando ondas de pressão atmosférica que produziam uma grande “explosão” e vibrações aerodinâmicas. Eiji Nakatsu<sup>12</sup>, aquele observador de pássaros, apresentou soluções baseadas na Biomimética.

De forma peculiar, ao observar as pontas de asa de uma coruja, a barriga dos pinguins de Adelie e o bico do pássaro Martin Pescador, o engenheiro modelou o icônico *design* dos trens bala. As asas da coruja solucionaram o constante ruído do pantógrafo, que conecta a composição às linhas de alta tensão evitando a formação dos “vórtices de Karmam”; a barriga dos pinguins de Adelie trouxeram *design* eficaz para minorar o arrasto da composição pelos trilhos e, por fim, o bico do pássaro Martin Pescador permitiu solucionar a questão do “*boom sônico*” com icônico *design* aerodinâmico dos trens de alta performance, inspirado em uma ave.

9 *Tokaido Shinkansen* inaugurada em 1964 expandiu sua malha ferroviária ligando cidades das ilhas de Honshu e Kyushu, utilizando trens com velocidades de até 300 km/h, entretanto já foram atingidas velocidades de 443 km/h (carris convencionais) e 580 km/h em linhas maglev. Disponível em <https://www.jrailpass.com/shinkansen-bullet-trains>. Acesso em 25 jun. 2020.

10 *Vórtices de Karmam*: “Na dinâmica de fluidos, um vórtice de von Kármán é um padrão repetitivo de vórtices rodopiantes, causado por um processo conhecido como derramamento de vórtice, que é responsável pela separação instável do fluxo de um fluido em torno de corpos contudentes.” VON KÁRMÁN, Theodore. *Aerodynamics*. New York: McGraw-Hill, 1963.

11 *Boom Sônico*: “Também conhecido como um estrondo sônico é o som associado às ondas de choque criadas por um objeto viajando através do ar com uma velocidade maior que a do som. Estrondos sônicos geram uma enorme quantidade de energia sonora, soando muito similares a uma explosão”. ANDERSON JR, John D. *Fundamentos de engenharia aeronáutica*. AMGH Editora, 2015, p. 347.

12 Gerente Geral do Departamento de Desenvolvimento Técnico da Tokaido Shinkansen.

O fato é que o argumento acima desnuda um ganho substancial de desempenho no exercício de uma atividade econômica secular diante do transporte de pessoas através de ferrovias. Menor consumo de energia; menor consumo de combustível e meio ambiente urbano sustentável com o resguardo do devido conforto sônico. Inúmeros exemplos de biomimética podem ser evidenciados<sup>13</sup>, o *design* da Torre Eiffel, máquinas de hemodiálise, velcro, armas de choque utilizada por policiais e roupas camufladas também tiveram sua inspiração na natureza. Essa é a ideologia da “era das sustentabilidades”, pois, sem dúvidas, tais inovações, novos *designs*, criam um liame garantidor de direitos fundamentais atrelados à dimensão ecológica, além de gerar economia. Para além do exemplo “Tokaido Shinkansen”, outras hipóteses suprem a relevância da aplicação desta escola circular aos processos nos quais o humano, inserido na tecnosfera, interage com a biosfera e permite, nessa interação, a elaboração de novos conteúdos normativos do princípio da dignidade humana visando a sua ampliação e readequação em uma dimensão ecológica de reconhecimento da dignidade não-humana.

Com o surgimento, expansão e verticalização de grandes centros urbanos milhões de aves morrem, segundo a *American Bird Conservancy*<sup>14</sup>. Devido ao sistema de visão das aves, estas são incapazes de ver o vidro como uma barreira. Tamanha relevância acerca da questão que a Convenção de Bona (*Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals*) – Convenção de Conservação das Espécies Migradoras Pertencentes à Fauna Selvagem buscou fomentar medidas de proteção às espécies migradoras da fauna selvagem ao longo da sua área de distribuição natural, numa estratégia de conservação da vida selvagem e dos habitats numa escala global<sup>15</sup>. Em edifícios, os vidros das janelas, funcionam como um espelho confundindo pássaros que veem apenas a reflexão do céu e das nuvens. Sem saber do obstáculo sólido à sua frente, os pássaros colidem, nesse contexto:

Enquanto o ser humano tem uma visão tricromática (baseada num sistema de três cores primárias, o vermelho, o azul e o amarelo), devido à presença de três tipos de cones na retina do olho, que quando estimulados por diferentes comprimentos de ondas de luz, transmitem a informação de cor ao cérebro. As aves tem um quarto cone, sensível à radiação UV (ultra-violeta). A presença deste quarto cone torna os reflexos de árvores, água e alimentos nos vidros confusos à esses animais, e também torna mais difícil a eles perceber a existência de um vidro transparente, levando às colisões<sup>16</sup>.

---

13 DETANICO, Flora Bittencourt; TEIXEIRA, Fábio; DA SILVA, Tânia LK. A biomimética como método criativo para o projeto de produto. *Design & Tecnologia*, v. 1, n. 2, p. 101-113, 2010.

14 Disponível em <https://abcbirds.org/program/glass-collisions/>. Acesso em 13 nov. 2020.

15 LYSSTER, Simon. The convention on the conservation of migratory species of wild animals (The Bonn convention). *Nat. Resources J.*, v. 29, p. 979, 1989.

16 OPTICA\_ATLANTIS\_01, 2007. A visão das aves. Disponível em <http://opticaatlantis.blogspot.com/2007/10/viso-das-aves.html> Acesso em 13 nov. 2010.

“Arnold Glass”, empresa alemã fabricante de vidros, idealizou o “ORNILUX Bird Protection Glas”<sup>17</sup> – vidro biomimético de proteção para pássaros – para a utilização em “prédios verdes”, eco idealizados. Embora muito pouco divulgado, a mortalidade, por colisão de aves com painéis de vidro transparente e/ou reflexivo de casas e edifícios comerciais, é estimada anualmente em bilhões<sup>18</sup>.

Como reduzir tais colisões, a empresa em questão, com base na percepção científica dos cones na retina das aves sensíveis ao ultravioleta, procurou aranhas tecelãs Orb. As propriedades de reflexão UV das teias protegem-nas da exposição solar, além de alertar os pássaros que: voam pela teia; não as destroem, quiçá colidem com as mesmas. Nesse contexto, vidros biomiméticos possuem um revestimento reflexivo de UV que imita os mesmos padrões dos fios ultravioletas das teias das tecelãs. Enquanto o humano possui visão tricromática, não sensível à radiação UV, como acima elucidado, as aves possuem e veem a janela como uma teia, impedindo-as de voar para “dentro delas” pelo seu próprio instinto de autopreservação.

A biomimética é a emulação de estratégias vistas no mundo vivo como base para o design sendo uma fonte de inovação, principalmente na criação de uma arquitetura mais sustentável. É o mimetismo de um organismo, o comportamento de um organismo ou um ecossistema inteiro em termos de sua forma, material, método de construção, estratégias de processo ou função. Essa estrutura de categorização é explicada com mais profundidade por Pedersen Zari<sup>19</sup>. Um crescente corpo de pesquisa internacional sobre biomimetismo identifica vários obstáculos para o emprego da metodologia de biomimetismo no design.

A ideia de que deliberadamente a raça humana imite a Natureza, incorporando seus modelos, sistemas e elementos, tanto nos projetos quanto nos processos, em busca de solucionar problemas complexos tem como principal expoente Janine Benyus que, em sua obra “*Biomimicry: Innovation Inspired by Nature*”<sup>20</sup> introduz a percepção de que o “modelo natural” sempre motivou e inspirou a evolução da Humanidade afirmando que:

Em um mundo biomimético, fabricaríamos da forma como animais e plantas fazem, usando sol e compostos simples para produzir fibras, cerâmica, plásticos e produtos químicos totalmente biodegradáveis. Nossas fazendas, modeladas em pradarias, seriam auto-

17 Disponível em [http://www.ornilux.com/Attachments/CaseStudy\\_Ornilux\\_MASTER.pdf](http://www.ornilux.com/Attachments/CaseStudy_Ornilux_MASTER.pdf). Acesso em 13 nov. 2020.

18 KLEM JR, Daniel. Collisions between birds and windows: mortality and prevention (Colisiones de pájaros con ventanas: mortalidad y prevención). *Journal of Field Ornithology*, p. 120-128, 1990.

19 PEDERSEN ZARI, M., 2009. ‘An architectural love of the living: bio-inspired design in the pursuit of ecological regeneration and psychological wellbeing’, in C.A. Brebbia (ed), *Sustainable Development and Planning IV* (Vol. 1). Southampton, Wessex Institute of Technology, 293–302.

20 BENYUS, Janine M. *Biomimicry: Innovation inspired by nature*. 1997.

fertilizantes e resistentes a pragas. Para encontrar novas drogas ou culturas, consultaríamos animais e insetos que vem usando plantas há milhões de anos para se manterem saudáveis e nutridos. Até a computação seguiria a natureza, com software que “evolui” soluções e hardware que usa o paradigma de bloqueio e chave para calcular pelo toque<sup>21</sup>.

Organismos vivos desenvolvem adaptações ao longo do tempo através da seleção natural. Seres humanos voltaram sua atenção para a natureza em busca de respostas às suas aflições sociais, dentre outras, e a natureza apresentou soluções factíveis para engenharia, aproveitamento da energia solar e eólica na cogeração de energia limpa, tolerância à exposição ambiental em biomas diversos e autocura. O fato é que a biomimética adota três princípios fundamentais: a) natureza como modelo onde se busca imitar modelos, formas e processos naturais; b) natureza como medida, onde se adota um padrão para delimitar a sustentabilidade das inovações; c) natureza como mentor onde se valoriza a natureza e o modo pelo qual se aprende com ela<sup>22</sup>.

Esta linha de pensamento contém duas espécies de metabolismo. O metabolismo da biosfera que reaproveita, recicla e absorve a matéria descartada pelo ser humano e o metabolismo da tecnosfera<sup>23</sup>, produzido pelo ser humano, que se tornam resíduo passível de “reutilização” como matéria-prima para novos produtos.

Pari-passu à biomimética e a proposta de *design* regenerativo por esta escola evidenciada se observa a Biofilia.

A presente linha de pensamento foi popularizada pelo ecólogo americano Edward O. Wilson<sup>24</sup> em obra intitulada “*The Biophilia Hypothesis*” publicado em 1984. Em sua etimologia “Biofilia” vem do grego *bios*, que significa vida e *philia*, que significa amor, afeição, ou necessidade de satisfação. Entretanto observar essa linha de pensamento como processo evolutivo atrelado às linhas de pensamento circulares, inclusive à Biomimética é necessário.

Dustin Penn e Iver Myrsterud, em sua obra – *Evolutionary Perspectives on Environmental Problems*, afirmam que:

Biophilia if it exists, and I believe it exists, is the innately emotional affiliation of human beings to other living organisms. Innate menas hereditary and hence part of ultimate human nature. Biophilia, like other patterns of complex behavior, is likely to be mediated by rules of prepared and conter prepared learning – the tendency to learn or to resist learning certain responses as opposed to others. From the scant evidence concerning its nature, biophilia is not a single instinct but a complex of learning rules tha can be teased apart and analyzed

21 *Idem*, p. 43.

22 *Idem*, p. 44.

23 Técnosfera: estruturas constituídas pelo trabalho humano no espaço da biosfera (RUANO, *op. cit.*).

24 WILSON, Edward O. *Biophilia* Cambridge. MA: Har, 1984.

individually<sup>25</sup>.

Ao ser observado o modo pelo qual pensamentos contemporâneos atrelam argumentos da interação humana ao meio, conjugando a percepção da *biosfera* vinculada a *tecnosfera*, surge fundamento de validade para corroborar argumentos que ressignificam garantias fundamentais, inclusive a não humanos. Nesse contexto, quando seres humanos se “distanciam” do ambiente natural, as regras de aprendizagem biofílicas não são substituídas, ao contrário, persistem aos novos cenários artificiais dos quais a tecnologia catapultou a humanidade.

A hipótese biofílica cria uma percepção ampliativa à biomimética, pois estabelece um vínculo emotivo dos seres humanos com outros organismos vivos e com a natureza estabelecendo um *design biofílico* jungido ao *design biomimético regenerativo*. Desta feita, imerge o humano a compreensão, ressignificação e readequação de posturas em prol a sua raça e de não humanos.

Inserido nesse contexto a biomimética como instrumento de propagação, na dimensão ecológica, da proteção da dignidade não-humana apresenta-se como instrumento possível para calibrar a relação do homem com a natureza, bem como, as consequências econômicas que essa relação pode oferecer. Nesse sentido, a biomimética se apresenta com um método que pode adequar essas relações às perspectivas de proteção da dignidade como um todo no contexto da dimensão ecológica.

## Considerações Finais

A dignidade não-humana a partir da construção da dimensão ecológica de um novel direito vem ganhando espaço nas teorizações a respeito dos limites das ações humanas e suas ações diretas com a natureza.

A ampliação da visão ecológica e a superação do antropocentrismo, há muito propugnadas, são a base ideal para a alocação das novas demandas jurídicas que correlacionam humanos-natureza e permite o debate político-filosófico da necessidade de uma dignidade de conceito estendido que inclui o reconhecimento de direitos aos não humanos e a transição da individualidade kantiana para uma ótica multidimensional de um Estado SócioAmbiental.

Para tanto, a biomimética se apresente como instrumental de facilitação dessas relações na nova concepção multidimensional, proporcionando, uma construção cultural humana de repetição da natureza, de forma a expandir a

25 Tradução livre: “Biofilia, se existe, e eu acredito que existe, é a afiliação emocional inata dos seres humanos a outros organismos vivos. Inato significa hereditário e, portanto, parte da natureza humana final. A biofilia, como outros padrões de comportamento complexo, tende a ser mediada por regras de aprendizagem preparada e contrapreparada - a tendência de aprender ou de resistir à aprendizagem de certas respostas em oposição a outras. Pela escassa evidência a respeito de sua natureza, a biofilia não é um único instinto, mas um complexo de regras de aprendizagem que podem ser separadas e analisadas individualmente (PENN, Dustin J.; MYSTERUD, Iver Ed. *Evolutionary perspectives on environmental problems*. Transaction Publishers, 2007, pág. 249).

proteção no interior da dimensão ecológica e, ao mesmo tempo, contribuir para o desenvolvimento da sociedade, seja ele tecnológico ou econômico.

Sendo assim, o debate aqui iniciado está longe de terminar, conquanto, apresenta-se como uma pedra basilar de possibilidades, de construção de uma nova relação humanos-natureza de forma a incentivar o desenvolvimento sem, contudo, deixar de proteger aquilo que, claramente, as legislações têm sido unânimes: a natureza.

## Referências

- ALEXY, Robert. **A Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- ANDERSON JR, John D. **Fundamentos de engenharia aeronáutica**. AMGH Editora, 2015.
- BENYUS, Janine M. **Biomimicry: Innovation inspired by nature**. 1997.
- DETANICO, Flora Bittencourt; TEIXEIRA, Fábio; DA SILVA, Tânia L. K. **A biomimética como método criativo para o projeto de produto**. Design & Tecnologia, v. 1, n. 2, p. 101-113, 2010.
- DONALDSON, Sue; KYMLICKA, Will. **Zoopolis: a political theory of animal rights**. New York: Oxford, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2004.
- KLEM JR, Daniel. Collisions between birds and windows: mortality and prevention (Colisiones de pájaros con ventanas: mortalidad y prevención). **Journal of Field Ornithology**, p. 120-128, 1990.
- LYSTER, Simon. **The convention on the conservation of migratory species of wild animals (The Bonn convention)**. Nat. Resources J., v. 29, p. 979, 1989.
- MEDEIROS, Fernanda Luíza Fontoura; CACHAPUZ, Maria Cláudia. Autonomia e capacidade a animais não-humanos. **Revista Jurídica Luso Brasileira (RJLB)**. Lisboa. Ano 4 (2018), nº 4, 755-780.
- OPTICA\_ATLANTIS\_01, 2007. **A visão das aves**. Disponível em <http://opticaatlantis.blogspot.com/2007/10/viso-das-aves.html>.
- PEDERSEN ZARI, M., 2009. 'An architectural love of the living: bio-inspired design in the pursuit of ecological regeneration and psychological wellbeing', In C. A. Brebbia (ed). **Sustainable Development and Planning IV** (Vol. 1). Southampton, Wessex Institute of Technology, 293-302.
- PENN, Dustin J.; MYSTERUD, Iver Ed. **Evolutionary perspectives on environmental problems**. Transaction Publishers, 2007.
- RUANO, Javier Collado. **Um Olhar Transdisciplinar e Biomimético à Educação Para a Cidadania Planetária e aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Currículo sem Fronteiras, v. 18, n. 2, p. 500-29, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional**

**Ambiental.** Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O Direito Constitucional-Ambiental brasileiro e a governança judicial ecológica: estudo à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2019, vol. 11, n. 20, págs. 42-110, jan-jul, 2019.

VON KÁRMÁN, Theodore. **Aerodynamics**. New York: McGraw-Hill, 1963.

WILSON, Edward O. **Biophilia Cambridge**. MA: Har, 1984.



# ENSINO HÍBRIDO: AMBIENTE VIRTUAL DE APRENDIZAGEM (AVA) NO INSTITUTO FEDERAL DE RONDÔNIA – IFRO EM CONSONÂNCIA COM A POLÍTICA E A LEGISLAÇÃO EDUCACIONAL

Márcia Sousa de Oliveira

Mestra em Educação e Professora do Instituto Federal de Rondônia

## Resumo:

A proposta deste artigo é refletir a respeito do novo paradigma motivado pelo avanço tecnológico e a Educação a partir da convergência da Tecnologia da Informação e Comunicação no âmbito escolar, em especial, a utilização do Ambiente Virtual de Aprendizagem, no Instituto Federal de Rondônia, em consonância com as exigências legislativas educacionais. O ensino híbrido apresenta muitas funcionalidades, conforme Moran (2015), o ensino híbrido funciona como a articulação de processos que corresponde ao caráter diversificado de uma metodologia que envolve várias áreas de conhecimento integradas às atividades tanto física como digital e que assim, promove a aprendizagem de maneira híbrida. Para tanto, não basta o professor mediar os conhecimentos a partir das mídias, é preciso que seja um Educomunicador, assim, com a Educomunicação se consolida a função social da escola, lugar democrático e aberto à discussão. A base teórica se funda em Lévy (1998), Freire (1983) e outros autores.

**Palavras-chave:** Ambiente Virtual de Aprendizagem; Educomunicação; função social; tecnologia; ensino híbrido.

## Introdução

No contexto tecnológico atual torna-se relevante o desafio que a escola tem de se adequar para incluir novos elementos à prática educacional, a fim de contribuir no processo de ensino e aprendizagem. Assim, diante de um cenário composto por aula presencial e aula presencial virtual se destaca o ensino híbrido, que possibilita organizar o ambiente virtual de aprendizagem *Moodle* segundo as necessidades individuais do grupo de estudantes, pois permite a interatividade entre os estudantes e os materiais produzidos para o curso, por meio de linguagem dialógica nos textos ou recursos de hipermídia que articula objetos textuais a áudios e imagens.

O ensino híbrido apresenta muitas funcionalidades, dentre elas está a autonomia conferida ao estudante, pois possibilita ao mesmo poder avançar nos conteúdos e realizar atividades. Desse modo, o estudante se dedica ao curso conforme a disponibilidade de tempo por ser o ambiente virtual planejado para acesso de maneira assíncrona, *on-line* ou *off-line*. Conforme Moran (2015), o ensino híbrido funciona como a articulação de processos que corresponde ao caráter diversificado que uma metodologia que envolve várias áreas de conhecimento integradas às atividades tanto física como digital e que assim, promove a aprendizagem e a integração de maneira híbrida, ou como o termo em inglês: *blended* (misturado).

Entretanto, é importante que o professor tenha uma formação que permita não só espalhar informações aos alunos, mas sim, possa permitir que compreendam o processo comunicacional nas suas mais variadas dimensões e o uso consciente dos conteúdos que lhes são apresentados, a fim de torná-los cidadãos críticos diante da realidade que os cerca. Para tanto, não basta ser apenas um professor para mediar os conhecimentos possibilitados através das mídias, é preciso que seja um Educomunicador, pois somente por meio da Educomunicação se consolida a função social da escola, como um lugar democrático e aberto à discussão. Este trabalho tem com base teórica Freire (1983), Lévy (1998), Perrenoud (2000), dentre outros autores.

## **Metodologia**

A pesquisa realizada é de cunho qualitativo e bibliográfico por meio da análise de documentos institucionais a partir da criação e implantação do Ambiente Virtual de Aprendizagem (AVA) no Instituto Federal de Rondônia – IFRO. Para colaborar com a execução desta pesquisa também foram realizados estudos acerca da Educação a Distância (EaD), Educação e Tecnologia, Educomunicação e ensino híbrido.

Esta pesquisa foi realizada no período anterior à pandemia causada pela Covid-19, pois a realidade permitia o intercâmbio de aulas presenciais físicas com aulas presenciais virtuais. Atualmente ocorreu uma adequação no modelo de ensino para a realização das atividades remotas diante de um cenário de distanciamento social.

## **Direito e Inclusão Digital: Ambiente Virtual de Aprendizagem (AVA) no Instituto Federal de Rondônia - IFRO**

Conhecido pelos alunos do IFRO como AVA, o Ambiente Virtual de Aprendizagem, é uma plataforma que auxilia o professor em atividades presenciais e não presenciais, que por meio de softwares possibilita a criação de cursos cujo acesso se dá pela Internet. O AVA foi projetado para auxiliar professores na administração de conteúdos e controle de acessos dos alunos na realização de atividades, pois permite o acompanhamento da evolução dos

alunos nos exercícios propostos, principalmente, porque o professor tem a possibilidade de dar resposta, feedback, para o aluno. Ainda que seja um ambiente virtual, Pinheiro ressalta a preocupação com as questões legais e ética que é preciso ao acessar a internet ao afirmar que:

Educar na sociedade digital não é apenas ensinar como usar os aparatos tecnológicos no ambiente escolar. Educar é preparar indivíduos adaptáveis e criativos com habilidades que lhe permitam lidar facilmente com a rapidez na fluência de informações, acompanhando as transformações e sendo parte delas, de modo responsável, ético e legal. É preparar cidadãos digitais para um novo mercado de trabalho que exige postura adequada, segurança da informação, respeito às leis, inclusive na Internet. (PINHEIRO, 2007, p. 2)

A segurança da informação é um tema que deve ser discutido nas escolas, pois o significado de liberdade já não é mais o mesmo que a geração analógica viveu. Ao colocar em prática a educação contemporânea da Sociedade Digital, é preciso que o educador compreenda que os jovens da atualidade são muito diferentes dos jovens de uns vinte anos atrás. A Sociedade Digital demanda múltiplas habilidades e desde cedo exerce a liberdade de expressão, assegurada pela Constituição Federal de 1988, em seu Art. 5º, IV, que trata sobre a liberdade de manifestação do pensamento (BRASIL, 2017, p. 17), além de ter o muno inteiro a um click.

Ao falar em liberdade, é interessante que se fale também em cautela, pois segundo Pinheiro (2007), com vontade de provar de tudo, as pessoas acabam exorbitando a barreira do que é ético e legal. Assim, os educandos devem ser orientados em relação à utilização correta da rede ou tecnologia, e estar preparado para as implicações advindas com o mau uso da rede, principalmente as redes sociais, pois é onde mais está exposta sua vida. Por isso, das 10 competências gerais da BNCC<sup>1</sup>, a nº 5 versa sobre a cultura digital, com formação crítica, reflexiva e ética (BRASIL, 2020, p. 11). Também segue esse caminho o PCN do Ensino Médio da Área da Linguagem, que visa entender os princípios das tecnologias da comunicação e da informação (BRASIL, 2020, p. 14)

Não se pode esquecer o papel fundamental do gestor, que ao propiciar uma estratégia de comunicação pedagógica leva à instituição e à comunidade sua função social ao prevenir e educar quanto à utilização correta das TICs. Não basta promover a inclusão digital, é preciso a Educação Digital, porque do contrário, apenas a utilização da tecnologia sem critérios corre o risco de gerar danos irreparáveis, segundo Pinheiro (2007).

Pensando em suprir a necessidade de integração das mídias na educação e a inclusão dos alunos na educação digital, o IFRO utiliza o Ambiente Vir-

---

1 BNCC – Base Nacional Comum Curricular. Disponível em: [http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC\\_EI\\_EF\\_110518\\_versaofinal\\_site.pdf](http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518_versaofinal_site.pdf). Acesso em: 22 nov. 2020.

tual de ensino e aprendizagem, conceituado da seguinte maneira:

O Ambiente de Aprendizagem, ou AVA, é um aplicativo web onde os educadores e alunos podem disponibilizar materiais didáticos, realizar trabalhos escolares, armazenar arquivos privados, enviar mensagens entre os usuários, criar questionários entre várias outras funcionalidades. (BRASIL, 2015, p. 6)

Certamente este não deve ser o único recurso didático que deve ser empregado pelo professor, pois necessita que haja energia elétrica e laboratório de informática com acesso à internet ou os celulares dos alunos. O professor só não pode é ficar condicionado às tecnologias e esquecer que há outros recursos que possibilitam a aprendizagem dos alunos. É preciso utilizar um meio termo por parte do professor para que não cometa exageros ao utilizar somente uma estratégia de ensino.

Ao contrário do que possa parecer, a palavra virtual não deve ser vista como oposta de real. De acordo com Lévy (1998, p. 10, tradução nossa), “O virtual tende a atualizar-se, ainda que não se concretize de um modo efetivo ou formal”. Na obra “O que é o virtual? ”, o autor explica que virtual se opõe ao que é atual, e que, portanto, virtual é o que potencialmente pode se transformar em atual, segundo a filosofia escolástica, que entende que o virtual é aquilo que existe em potência, mas não em ato. Na mesma obra Lévy (1998) traz a procedência da palavra virtual, que vem do latim medieval *virtua-lis* e provém de *virtus*, que por sua vez significa força, potência.

Merece destaque no livro de Lévy (1998) o nascimento das linguagens como a virtualização do presente, sendo a linguagem uma das três virtualizações criadas pela espécie humana. A linguagem é tida em primeiro lugar porque virtualiza um “tempo real” que aprisiona aos vivos no aqui e agora. Assim, com o surgimento da linguagem, os seres humanos passaram a habitar um espaço virtual. Lévy (1998) diferencia o tempo humano dos demais da seguinte maneira:

O tempo humano não tem nada a ver com o modo de ser de um parâmetro ou de uma coisa (não é precisamente real), mas sim, no de uma situação aberta. Dentro deste tempo concebido e vivido desta forma, a ação e o pensamento não só consiste em selecionar entre possíveis predeterminados, e sim em reelaborar constantemente uma configuração significativa dos objetivos e as obrigações, em improvisar soluções, em reinterpretar uma atualidade passada que continua nos comprometendo. (LÉVY, 1998, p. 56- 57, tradução nossa)

Por fim, Lévy (1998) afirma que o tempo como extensão completa só existe virtualmente, por isso, o significado de real não pode ser contraposto ao virtual, impossível. Schlemmer (2002) reforça a ideia de que os ambientes virtuais favorecem a interação através de uma abordagem metodológica realmente inovadora que compreenda uma construção cooperativa do conhe-

cimento por meio da interdisciplinaridade. A autora também destaca como deve ser a atitude dos educadores ao dizer que:

Para isso, faz-se necessário que educadores despendam esforços para encontrar estratégias que venham aproximar a docência no ensino superior às demandas do mundo atual, a reestruturar seus paradigmas, tentando não perder de vista o aspecto qualitativo da vida acadêmica reflexiva, científica e profissional. É importante, também, que os educadores estabeleçam a articulação de conhecimentos, relacionando pontos de vista na perspectiva de um pensamento complexo e interdisciplinar, construindo, assim, suporte para a Inteligência Coletiva - contraditória, dialética, ativa e propositiva -, possibilitando um processo de interação que favoreça estratégias de ação cooperativa. (SCHLEMMER, 2002, p. 178)

Desta forma, segundo Quintela (2014), o ambiente virtual de aprendizagem contribui para a interação entre emissor e receptor, permitindo um ambiente colaborativo compartilhado por professores e, principalmente, por estudantes, incluídos no processo educativo digital.

## **Ensino, Inclusão, Comunicação e Pensamento Crítico**

A necessidade de adequação da escola à realidade digital e principalmente a posição do educador neste cenário faz com que sejam revistas as políticas públicas e a formação docente. Assim, Patrik Mendelsohn (suplemento de informática de L'Hebdo, dezembro de 1997, p. 12 *apud* PERRENOUD, 2000, p. 125,) alerta sobre o papel do professor frente a esse novo mundo do conhecimento em uma revista com o título “Se não se ligar, a escola se desqualificará”.

É preciso ter muito cuidado com a utilização das tecnologias da informação e da comunicação pelo fato de não só causarem mudanças na forma de comunicar, como também, ao trabalhar, decidir e pensar (PERRENOUD, 2000). Isso quer dizer que o papel da escola é fundamental na hora de mediar as informações transmitidas pelos meios de comunicação e fazer com que os alunos possam assimilar tais informações de maneira crítica e não apenas aceitá-las como chegam, sem ao menos refletir sobre a veracidade dos fatos, pois, conforme afirma PERRENOUD (2000), não é fácil diferenciar as propostas lúcidas e desinteressadas dos modismos e das estratégias mercantis.

No processo de ensino, a comunicação é primordial, como afirma Freire (1983), o homem não vive isolado, como uma ilha, é comunicação, comunhão e busca. Com isso, a simples troca de informações entre professores e alunos não significa educação, apenas aceitação por parte do aluno, que não questiona, ou seja, sem pensamento crítico. Freire destaca a necessidade da consciência crítica da seguinte forma:

O desenvolvimento de uma consciência crítica que permite ao ho-

mem transformar a realidade se faz cada vez mais urgente. Na medida em que os homens, dentro de sua sociedade, vão respondendo aos desafios do mundo vão temporalizando os espaços geográficos e vão fazendo história pela sua própria atividade criadora. (FREIRE, 1983, p. 33)

Assim, sem uma consciência crítica, Freire (1983) garante que o que veremos é uma repetição. A partir do momento em que o ser humano passa a imitar o outro, deixa de ser ele mesmo. Isso também ocorre como a imitação servil em relação a outras culturas produziria uma sociedade alienada ou sociedade objeto, uma vez que perde parte de sua identidade. E quando a sociedade é alienada, enxerga os fatos ao seu redor com os olhos do outro, em uma realidade imaginária. O problema da imitação é a passividade, na ausência da autocrítica. Porém, para que todos possam expressar sua opinião seria necessária uma sociedade justa, para garantir a oportunidade às massas para que as mesmas possam ter opção, desde que não seja a da elite. Com isso, para ter uma consciência criadora e comunicativa é preciso haver democracia.

Na América Latina, no que tange à educação, ainda existe uma prevalência vertical, em que o professor é o detentor do conhecimento, por isso superior aos demais, que repassa conhecimentos aos ignorantes. Esse tipo de pensamento constitui uma consciência bancária, que de acordo com Freire, se caracteriza por:

O educando recebe passivamente os conhecimentos, tornando-se um depósito do educador. Educa-se para arquivar o que se deposita. Mas o curioso é que o arquivado é o próprio homem, que perde assim seu poder de criar, se faz menos homem, é uma peça. O destino do homem deve ser criar e transformar o mundo, sendo o sujeito de sua ação. (FREIRE, 1983, p. 38)

Há uma interpretação equivocada sobre a consciência bancária, destaca Freire (1983), pois se entende que quanto mais se deposita informações mais se aprende, todavia, o resultado é na verdade a formação de indivíduos medíocres, sem capacidade de criação. No entanto, quem não se enquadra na consciência bancária é visto como inadaptável e precisa igualar-se aos demais medíocres. O que se encontra nas escolas brasileiras é a consciência ingênua, pois o professor não é desafiado por seus alunos, que devido à passividade aceitam tudo que é dito sem questionar.

Nesse mesmo panorama, ao falar sobre as 10 novas competências para ensinar, Perrenoud (2000) cita a utilização das novas tecnologias, pois entende que corresponde a uma competência fundada na cultura tecnológica e assim como Freire (1983), diz sobre os perigos e limites que as novidades tecnológicas trazem. Perrenoud explica sobre a cultura tecnológica ao dizer que:

Uma cultura tecnológica de base também é necessária para pensar as relações entre a evolução dos instrumentos (informática e hiper-

mídia), as competências intelectuais e a relação como o saber que a escola pretende formar. Pelo menos sob esse ângulo, as tecnologias novas não poderiam ser indiferentes a nenhum professor, por modificarem as maneiras de viver, de se divertir, de se informar, de trabalhar e de pensar. Tal evolução afeta, portanto, as situações que os alunos enfrentam e enfrentarão, nas quais eles pretensamente mobilizam e mobilizarão o que aprenderam na escola. (PERRENOUD, 2000, p. 138-139)

O saber que a escola pretende formar é um tema constante nas reflexões referentes à educação e tanto Freire como Perrenoud, entendem que a formação crítica dos educandos deve ser tratada com atenção, pois somente a partir do momento que o educando puder e souber se posicionar será incluído em um debate democrático, preconizado pela escola.

### **Educomunicação: o caminho para a inclusão**

Com o advento das TICS na educação, os professores precisaram repensar suas práticas pedagógicas, já não dá para atuar em sala de aula com há 20 anos, pois a tecnologia está por toda parte, principalmente, nas mãos dos alunos, por isso, é preciso que os educadores se capacitem para que possam utilizar os recursos tecnológicos com consciência.

Do ponto de vista mais abrangente, até mesmo a UNESCO apresentou uma reflexão sobre a formação do professor frente às TICS. Em um documento com o título “Padrões de Competência em TIC para Professores, (UNESCO, 2009, p.1 *apud* Nagamini, 2016, p. 14), tal documento apresenta a importância do professor no uso efetivo da tecnologia durante a escolarização e que desta forma os alunos têm a oportunidade de alcançar complexas capacidades em tecnologia, orientado pelo professor, quem estabelece o ambiente e organiza as oportunidades de aprendizagem.

Estamos em ecossistema comunicativo, que de acordo com Martín-Barbero (1996 *apud* Nagamini, 2016, p. 15), corresponde a um ambiente tecnológico e comunicativo que nos envolve com a mescla de várias linguagens modifica as formas de aquisição do saber e conhecimento. O ecossistema comunicativo se dá a partir das vivências e relações que se estabelecem no mesmo, que pode ser unidirecional, autoritário e anti-dialógico, quando houver uma relação vertical, sem diálogo ou crítica. Nesse posicionamento, os alunos são vistos como uma tábua rasa, que precisam ser preenchidos com os saberes dos professores.

Pensando em mudar esse panorama surge a Educomunicação, que para Soares (2000), representa um novo campo, o das mediações. Diferente do que se via anteriormente no ambiente escolar, uma relação vertical. Agora, de acordo com Soares (2000), a preocupação social motivada pela inter-relação comunicação/educação, também denominada Educomunicação, que se estrutura de modo midiático, transdisciplinar e interdiscursivo consolidado na

prática pelos atores sociais com vistas a promover a intervenção social.

A teoria das mediações teve destaque no mundo ibero-americano com Martín-Barbero (1987 *apud* Soares, 2000, p. 22) ao garantir fundamental transformação na pedagogia da educação para os meios. A respeito das mediações, Soares explicita os motivos que motivaram sua expansão:

Trata-se de uma área que vem ganhando grande exposição devido à rápida evolução das descobertas tecnológicas e de sua aplicação ao ensino, tanto o presencial quanto o a distância. Sabemos que os recursos tecnológicos clássicos, como o rádio e a televisão, tiveram dificuldade de ser absorvidos pelo campo da educação, especialmente por seu caráter lúdico e mercantil. (SOARES, 2000, p. 22)

Devido à rejeição por parte de educadores em adotar o rádio e a televisão, essa resistência se estendeu as demais tecnologias até que chegou o computador e mudou essa realidade, pois abarca todas as necessidades laborais de alunos e professores. Da combinação da Educação e da Comunicação surge a Educomunicação. O primeiro deriva das Ciências Humanas e Sociais, já o segundo, das Ciências Sociais Aplicadas e a interação das duas contribui para o convívio social democrático, que para Nagamini (2016), é responsável por uma produção e consumo crítico, capaz de promover a cultura inclusiva. Isso só foi possível porque as práticas da Educomunicação se consolidaram a partir da reflexão epistemológica sobre a interrelação comunicação/educação como elemento cultural emergente, que conforme Soares (2000), é uma reflexão acadêmica.

Freire, (1979, p. 60 *apud* Nagamini, 2016, p. 17) define as ações da Educomunicação como sendo inclusivas, democráticas, midiáticas, criativas e consoantes com a perspectiva dialógica de educação, o que antes era dominado pela relação interpessoal vertical, agora é horizontal, já não se fala em transferência de saber, mas sim, em encontro de sujeitos interlocutores que procuram a significação dos significados.

Ao compreender a Educomunicação com uma troca de saberes, é notável a visão que os Educomunicadores possuem. Em pesquisa realizada pelo Prof. Dr. Ismael de Oliveira Soares sobre “O Perfil do Educomunicador” foi verificado que os valores desses profissionais são diferentes dos demais educadores, assim, Soares destaca:

Dentre os “valores educativos” que dão suporte às “articulações” exercidas pelo profissional do novo campo, destacam-se: a) a opção por se aprender a trabalhar em equipe, respeitando-se as diferenças; b) a valorização do erro como parte do processo de aprendizagem; c) a alimentação de projetos voltados para a transformação social. Um grande número de respostas ao questionário aponta, por fim, como expectativa de resultado, a formação para a cidadania e para ética profissional, objetivando a educação do “cidadão global”. (SOARES, 1999, p. 2)



A Educomunicação propõe, portanto, que a escola seja um espaço democrático, aberto às discussões, em que não só a escola é responsável por transformar a realidade da comunidade, e sim a comunidade em parceria com a escola pode sanar os problemas relativos ao processo educativo.

Em 2004, Soares define o que é Educomunicação ao responder para uma cursista em um encontro promovido pelo projeto Educom.rádio, em São Paulo, sobre o que Educomunicação. A resposta de Soares foi a seguinte:

[...] a Educomunicação define-se como um conjunto das ações destinadas a:

1 - integrar às práticas educativas o estudo sistemático dos sistemas de comunicação (cumprir o que solicita os PCNs<sup>2</sup> no que diz respeito a observar como os meios de comunicação agem na sociedade e buscar formas de colaborar com nossos alunos para conviverem com eles de forma positiva, sem se deixarem manipular. Esta é a razão de tantas palestras sobre a comunicação e suas linguagens);

2 - criar e fortalecer ecossistemas comunicativos em espaços educativos (o que significa criar e rever as relações de comunicação na escola, entre direção, professores e alunos, bem como da escola para com a comunidade, criando sempre ambientes abertos e democráticos. Muitas das dinâmicas adotadas no Educom apontam para as contradições das formas autoritárias de comunicação);

3 - melhorar o coeficiente expressivo e comunicativo das ações educativas (Para tanto, incluímos o rádio como recurso privilegiado, tanto como facilitador no processo de aprendizagem, quanto como recurso de expressão para alunos, professores e membros da comunidade); (SOARES, 2004, p. 1-2)

É possível perceber que a Educomunicação permite à escola ser um lugar democrático e com isso mais perto da comunidade ao permitir ecossistemas comunicativos que são auxiliados pelas tecnologias da informação e comunicação. Ainda que o ambiente de aprendizagem seja virtual, não deve ser menosprezado, pois as interações humanas já não são mais as mesmas.

## **Novos Caminhos para a Educação: o Ensino Híbrido**

Na atual conjuntura, é importante ressaltar o desafio que a escola tem de se reinventar e agregar novos elementos à prática educacional e assim, possa contribuir para a aprendizagem. Pensando nesse panorama, a metodologia utilizada nos cursos ofertados pelo Instituto Federal de Rondônia – IFRO tem buscado integrar momentos com aulas presenciais física e presenciais virtuais. É importante salientar que o ensino híbrido utilizado no IFRO foi anterior ao período de distanciamento causado pela pandemia da Covid-19.

Ainda neste contexto referente à educação e às tecnologias emergentes, é importante tratar do avanço tecnológico e a velocidade das informações ins-

---

2 PCNs - Parâmetros Curriculares Nacionais. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/14\\_24.pdf](http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/14_24.pdf). Acesso em: 22 nov. 2020.

tantâneas que a escola nem sempre consegue dar conta. Pensando nesse dilema, torna-se indispensável analisar como os cursos de ofertados pelo IFRO Federal têm proporcionado aprendizagem a partir e uma metodologia diferente, novos caminhos, ao mesclar o ensino presencial em sala de aula e no ambiente virtual, o ensino híbrido.

No início do livro *Ensino Híbrido* (BACICH et al, 2015, p.25) os organizadores fazem uma apresentação da obra e apontam os aspectos favoráveis advindos do ensino híbrido, tais como: o papel do professor, a valorização e a construção da autonomia dos alunos, organização do espaço escolar para facilitar o atendimento personalizado do aluno e o uso integrado das tecnologias digitais, além do modelo de avaliação.

Em seguida, os organizadores da obra *Ensino Híbrido* trazem uma imagem que representa o ensino híbrido como um implemento no qual as peças de uma engrenagem articuladas objetivam fazer com que o grupo reflita a respeito da forma mais adequada de agir em sala de aula. Na imagem o aluno fica em destaque, neste modelo em que o professor não é o centro no processo de ensino e aprendizagem, pois o destaque é dado ao aluno, quem deverá ter uma atitude mais ativa. É notável que toda a engrenagem se articula ao redor dos estudantes, que é o protagonista. A concepção de híbrido, para Moran, é misturado, entretanto, o próprio autor afirma que é complicado conceituá-la. Destarte, Moran a define da seguinte maneira:

Híbrido significa misturado, mesclado, *blended*. A educação sempre foi misturada, híbrida, sempre combinou vários espaços, tempos, atividades, metodologias, públicos. Esse processo, agora, com a mobilidade e a conectividade, é muito mais perceptível, amplo e profundo: é um ecossistema mais aberto e criativo. Podemos ensinar e aprender de inúmeras formas, em todos os momentos, em múltiplos espaços. (MORAN *In* BACICH *et al*, 2015, p.27)

Moran também ressalta que a educação híbrida pode ocorrer em um contexto de sociedade imperfeita, contraditória no que tange as suas políticas e modelos. Pensando nesta realidade, o Instituto Federal de Rondônia vem adotando formas de incluir seus alunos a partir da convergência das tecnologias, o que Moran define com tecnologias híbridas, pois:

[...] integram as atividades da sala de aula com as digitais, as presenciais com as virtuais. Híbrido também pode ser um currículo mais flexível, que planeje o que é básico e fundamental para todos e que permita, ao mesmo tempo, caminhos personalizados para atender às necessidades de cada aluno. Híbrido também é a articulação de processos de ensino e aprendizagem mais formais com aqueles informais, de educação aberta e em rede. (MORAN *In* BACICH *et al*, 2015, p.28)

Nesse modelo de ensino, híbrido, todo tipo de conhecimento é válido, e

assim, leva em conta o progresso individual do aluno e o foco vai para as dificuldades que o aluno apresenta. Por isso, cada estudante tem seu tempo para conseguir interiorizar os conteúdos estudados.

No ensino híbrido o estudante desenvolve suas atividades no ritmo em que se sentir mais confortável, corroborando com os dizeres de Moran a respeito do espaço no ensino híbrido:

Híbrido também é a articulação de processos de ensino e aprendizagem mais formais com aqueles informais, de educação aberta e em rede. Implica misturar e integrar áreas, profissionais e alunos diferentes, em espaços e tempos distintos. (MORAN *In* BACICH *et al*, 2015, p.29, grifo nosso)

O tempo no ambiente virtual é diferente do presencial, por isso, ao abordar as implicações do ensino híbrido Moran dá destaque aos espaços e tempos distintos como fator que contribui para o processo de ensino e aprendizagem propiciado pela tecnologia ao dizer que:

O que a tecnologia traz hoje é integração de todos os espaços e tempos. O ensinar e o aprender acontecem em uma interligação simbiótica, profunda e constante entre os chamados mundo físico e digital. Não são dois mundos ou espaços, mas um espaço estendido, uma sala de aula ampliada, que se mescla, hibridiza constantemente. Por isso, a educação formal é cada vez mais *blended*, misturada, híbrida, porque não acontece só no espaço físico da sala de aula, mas nos múltiplos espaços do cotidiano, que incluem os digitais. O professor precisa seguir comunicando-se face a face com os alunos, mas também deve fazê-lo digitalmente, com as tecnologias móveis, equilibrando a interação com todos e com cada um. (MORAN *In* BACICH *et al*, 2015, p.39)

Para Moran (2015) a importância da educação híbrida se dá devido ao seguinte fato: “A mescla entre sala de aula e ambientes virtuais é fundamental para abrir a escola para o mundo e também trazer o mundo para dentro da instituição”. Assim, o Instituto Federal caminha para uma educação que utiliza os mais variados recursos disponíveis para incluir os alunos em um ambiente de aprendizagem democrático em que todos participam de forma colaborativa.

## Discussão

A proposta deste artigo foi analisar as questões referentes às TICs, especificamente o Ambiente Virtual de Aprendizagem no Instituto Federal de Rondônia – IFRO, cuja finalidade é contribuir de forma significativa no ensino e aprendizagem a distância, presencial ou semipresencial, ou seja, híbrido. É um recurso que auxilia professores e alunos ao permitir que haja uma comunicação/interação entre os atores envolvidos e assim favoreça a participa-

ção ativa do aluno, uma vez que é realizado o registro de todas as atividades propostas pelo professor e realizadas pelos alunos. Todavia, para que as mídias sejam inseridas nas práticas educativas, é preciso que o professor possa repensar suas práticas de ensino e se qualificar, pois do contrário, a escola buscará outro profissional com esse perfil, que aceite e domine as tecnologias, porque na atualidade, quem não se atualiza fica para trás, é uma novidade a cada dia.

## **Resultado**

Para resolver essa questão de passividade e aceitação por parte do receptor sem que seja feita uma análise crítica sobre os fatos noticiados pela mídia, surge a Educomunicação, cuja proposta é transformar a escola em um ambiente de diálogo, em que todos possam participar das discussões em prol da comunidade. Não é a escola que deve resolver os problemas sociais, é necessária uma interação entre escola e comunidade. Dentro da própria escola também é preciso que haja um diálogo entre professores, alunos, gestores, etc., ou seja, todos os atores envolvidos no ambiente escolar. Assim, uma figura importante neste panorama é a do Educomunicador, capaz de realizar trabalhos interdisciplinares, interdiscursivos, que aceita as diferenças e valoriza o conhecimento prévio do aluno.

Ao realizar todas essas reflexões referentes à utilização das TICs na educação, em específico o AVA- Ambiente Virtual de Aprendizagem disponível no Instituto Federal de Rondônia – IFRO, tanto nos cursos a distância quanto nos presenciais e semipresenciais, no ensino híbrido, é possível afirmar que esse recurso se utilizado de forma consciente por professores e alunos pode propiciar uma aprendizagem interativa e dialógica. Como já foi salientado anteriormente, qualquer recurso tecnológico deve ser tratado com cautela por parte de educadores e educandos, pois ainda que seja em ambiente virtual, há regras a serem respeitadas.

## **Considerações Finais**

Uma reflexão interessante que deve ser feita é sobre as novas linguagens trazidas pelas TICs, que alterou significativamente a forma de comunicação em todos os setores da vida e a escola também se viu afetada por essa nova forma de comunicação. Se antes havia somente o emissor e o receptor, hoje, há vários emissores e vários receptores ao mesmo tempo, já que vivemos em rede e estamos conectados.

O fato de estarmos conectados facilita a troca de informações, mas não quer dizer se seja efetivamente comunicação, uma vez que existe uma diferença entre ambas as palavras. Quando se transmite uma informação, não há uma discussão sobre a mesma, apenas é recepcionada sem nenhum posicionamento crítico. Já a comunicação, que de acordo com Freire (1983) é comunhão,

requer um diálogo entre o emissor e o receptor, por isso é democrática e justa em um ambiente educativo colaborativo propiciado pelo ensino híbrido.

Outro dado importante diz respeito ao tempo, que segundo Lévy (1998), o tempo humano não é real, com a utilização das TICS houve uma virtualização do tempo, são muitas informações simultâneas, e para que as pessoas se atualizem sobre todas as notícias do dia é necessário desprender bastante tempo do seu dia para que possa dar conta de todas as informações e isso acaba tornando as pessoas dependentes das mídias. E o pior é que devido à rapidez com que são postas as informações o receptor não consegue fazer um juízo de valores e acaba aceitando as notícias conforme a mídia bem entende, muitas vezes, ou quase sempre, manipulando.

## Referências

BACICH, Lília; TANZI NETO, Adolfo; TREVISANI, Fernando de Mello (org.). **Ensino híbrido: personalização e tecnologia na educação** [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Penso, 2015. e-PUB.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília, Supremo Tribunal Federal – Secretaria de documentação, 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. **Manual Moodle** – Virtual IFRO: Versão do aluno. Ji-Paraná, 2015.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. **Base Nacional Comum Curricular**. Disponível em: <[http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC\\_EI\\_EF\\_110518\\_-versaofinal\\_site.pdf](http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518_-versaofinal_site.pdf)>. Acesso em: 22 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. **Parâmetros Curriculares Nacionais**. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/14\\_24.pdf](http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/14_24.pdf)>. Acesso em: 22 nov. 2020.

FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. Tradução Moacir Gadotti e Lilian Lopes Martin. ed. 7. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1983.

IFRO. **Ambiente Virtual de Aprendizagem do Instituto Federal já é realidade em Rondônia**. Disponível em: <<http://www.ifro.edu.br/site/noticias/ambiente-virtual-deaprendizagem-do-instituto-federal-ja-e-realidade-emrondonia/?p=4891&article2pdf=1>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. **Ambiente Virtual de Aprendizagem é disponibilizado para alunos de Ariquemes**. Disponível em: <<http://www.ifro.edu.br/site/?p=7295>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

LÉVY, Pierre. **¿Qué es lo virtual?** Tradução Espanhol Diego Levis. Barcelona: Paidós, 1998.

MORAN, José Manuel. **Novos modelos de sala de aula**. Disponível em: <[http://www2.eca.usp.br/moran/wp-content/uploads/2013/12/modelos\\_aula.pdf](http://www2.eca.usp.br/moran/wp-content/uploads/2013/12/modelos_aula.pdf)>. Acesso em: 04 março 2017.

\_\_\_\_\_. **Mudando a educação com metodologias ativas**. Coleção Mídias

Contemporâneas. Convergência Midiáticas, Educação e Cidadania: aproximações jovens. Vol. II P. 15-33. 2015. Disponível em: <[http://www2.eca.usp.br/moran/wpcontent/uploads/2013/12/mudando\\_moran.pdf](http://www2.eca.usp.br/moran/wpcontent/uploads/2013/12/mudando_moran.pdf)>. Acesso em 17 março 2017.

\_\_\_\_\_. **Educação Híbrida: Um conceito chave para a educação, hoje.** *In:* Ensino híbrido: personalização e tecnologia na educação [recurso eletrônico] / Organizadores, Lilian Bacich, Adolfo Tanzi Neto, Fernando de Mello Trevisani. – Porto Alegre: Penso, 2015. e-PUB.

NAGAMINI, Eliana (org.). **Série Comunicação e Educação –** Processos educativos na interface Comunicação e Educação. V. 2. Ilhéus/Bahia: UESC, 2016.

PERRENOUD, Philippe. **Dez novas competências para ensinar.** Tradução Patrícia Chittoni Ramos. Porto Alegre: Artmed, 2000.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Boas práticas legais no uso da tecnologia dentro e fora da sala de aula -** Guia rápido para as instituições educacionais. São Paulo, 2007.

QUINTELA, Ariádne Joseane Félix; ZAMBERLAN, Miguel Fabrício. **Ambientação para EaD –** Informática para Internet. Cuiabá: Ed. UFMT, 2014.

SCHLEMMER, Eliane. **AVA: Um ambiente de Convivência Interacionista Sistêmico para Comunidades Virtuais na Cultura da Aprendizagem.** Porto Alegre. Outubro de 2002.

SOARES, Ismar de Oliveira. **Mas, afinal, o que é Educomunicação?** Disponível em: <<http://www.usp.br/nce/wcp/arq/textos/27.pdf>>. Acesso em: 31 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. **O perfil do Educomunicador.** 1999. Disponível em: <<http://www.usp.br/nce/wcp/arq/textos/29.pdf>>. Acesso em: 31 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. **Educomunicação: um campo de mediações.** P. 12-24. São Paulo, 2000. Disponível em: <<http://criancaconsumo.org.br/wpcontent/uploads/2000/09/Educomunicacao-um-campo-de-mediacoes.pdf>>. Acesso em: 31 dez. 2017.

# LINCHAMENTO VIRTUAL: A NATURALIZAÇÃO DO ÓDIO NAS REDES E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

**Esther Brito Martins**

Mestranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Ciências Penais e Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogada

## **Resumo:**

No atual cenário social brasileiro, diante de um contexto repleto de instabilidades e incertezas, a Internet vem como uma companheira necessária, as vezes acolhedora, mas na mesma medida amedrontadora. Da Internet derivam as interações sociais, nas mais diversas redes de comunicação, conhecimento e ignorância, informação e desinformação, somados aos sentimentos de medo, dúvidas, julgamentos e, linchamentos. A naturalização do ódio nas redes sociais se tornou algo corriqueiro e banal, onde não há diálogo, tampouco democracia, o que prevalece é a opinião pública, mesmo que intolerante, hostil e discriminatória. É o ódio gratuito difundido para quem quiser ver. Assim, é possível verificar que o avanço dos meios de comunicação e, conseqüentemente, da globalização, implica em uma reflexão quanto a intervenção do Direito Penal através de reprimendas necessárias para evitar o alastramento de danos irreparáveis à intimidade, imagem, honra e dignidade das pessoas. Portanto, busca-se identificar as rupturas sociais decorrentes dos linchamentos virtuais, sua origem e possíveis motivações; avaliar as alternativas jurídicas para apurar possíveis crimes e violações cometidos no ambiente virtual e por fim, compreender o trato dado a Liberdade de Expressão na atuação do Supremo Tribunal Federal, considerando as colisões entre direitos fundamentais previstos da Constituição Federal de 88.

**Palavras-chave:** Linchamentos virtuais; direitos fundamentais; liberdade de expressão.

## **Introdução**

No atual contexto social, econômico e político, os meios de comunicação, tal qual a internet, detêm um amplo poder de difusão de notícias e informações. O ambiente virtual abre possibilidades para que os conflitos sociais

se fortaleçam e fomentem a prática de linchamentos virtuais, que são “geradores de uma ideologia de destruição a grupos e formadores de estereótipos e estigmas que incitam a violência.”<sup>1</sup>

Nos últimos anos, observou-se o crescimento das redes sociais, como Facebook, Instagram, Twitter, e com eles o surgimento e desenvolvimento das interações sociais, que não mais permanecem apenas no campo físico, mas se situam em uma nova realidade, a realidade virtual. A aceleração das novas tecnologias traz consigo um ambiente novo, um mundo globalizado onde há a diminuição do espaço-tempo e a sensação de poder estar em qualquer lugar do mundo através da internet.

Nesse sentido, a problemática que permeia o presente ensaio é a banalização do fenômeno aqui disposto e a consequente perda do senso de coletividade que dele decorre, na medida em que a reprodução do ódio nas redes se tornou algo natural e corriqueiro aos internautas. Dito isto, busca-se avaliar, pormenorizadamente, o fenômeno dos linchamentos virtuais e suas nuances, buscando compreender seus gatilhos e possíveis consequências.

Por fim, pretende-se analisar as alternativas jurídicas para apurar possíveis crimes e violações cometidos no ambiente virtual. Na mesma medida, verificar o trato dado a liberdade de expressão na atuação do Supremo Tribunal Federal, considerando as colisões entre direitos fundamentais previstos da Constituição Federal.

## **A naturalização do ódio nas redes e a perda dos laços de sociabilidade**

A popularização das tecnologias na vida das pessoas acaba por dimensionar a extensão da problemática envolvida com a normalização de novas formas de comunicação e resolução de conflitos por meio da dispersão do ódio. Segundo Zaffaroni, os meios de comunicação em massa, são consideradas uma verdadeira fábrica de ilusões, das quais são capazes de recriar uma realidade através da distorção de fatos e acontecimentos, bem como reproduzir uma indignação moral que leva à instigação da violência coletiva.<sup>2</sup>

Isto posto, os meios de comunicação em massa, não só exercem forte influência nos indivíduos, como também distorcem, manipulam e ditam as falas, as imagens e os discursos. Tais acontecimentos são frutos da globalização e suas consequências.

Nesse sentido, consoante as ideias de Zygmunt Bauman, a globalização é um acontecimento inevitável do mundo moderno, dito, irreversível. O autor dispõe que a globalização é um processo em que todos estão sendo “globalizados” e, conseqüentemente, afetados na mesma medida sob a mesma manei-

1 MACEDO, Karen Tank Mercuri. conflitos sociais contemporâneos: possíveis causas e consequências dos linchamentos virtuais. **Revista Humanidades e Inovação**, v.5, n. 4 - 2018. p. 198-208.

2 ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro, Revan, 1991. p. 129.



ra.<sup>3</sup>

Todavia, um dos efeitos decorrentes desse fenômeno, segundo Bauman, é a divisão:

A globalização tanto divide como une; divide enquanto une — e as causas da divisão são idênticas às que promovem a uniformidade do globo. [...] A mobilidade galga ao mais alto nível dentre os valores cobiçados — e a liberdade de movimentos, uma mercadoria sempre escassa e distribuída de forma desigual, logo se torna o principal fator estratificador de nossos tardios tempos modernos ou pós-modernos.<sup>4</sup>

Em confluência com Bauman, Ulrich Beck sustenta que a nova modernidade é fruto da globalização e dos avanços tecnológicos. Na *Sociedade do Risco*, uma das características dessa modernização é a problemática da chamada “individualização”, que retrata o sujeito como elemento central das ações no mundo. Outra consequência, apontada pelo autor, é a influência dos meios de comunicação em massa e entretenimento sob o consumo massificado e a padronização dos gostos dentro de uma sociedade capitalista.<sup>5</sup>

No mesmo sentido, Silveira empreende que a sociedade do risco nada mais é do que um elemento de interação da globalização, ou seja, “uma atua sobre a outra, incrementando riscos globais e alterações pontuais nas relações humanas. Vale dizer, o risco incrementa-se em uma sociedade globalizada”<sup>6</sup>

O capitalismo, as imagens, a cultura da mídia ou indústria cultural fazem parte do que Debord chamou de “sociedade do espetáculo”, é a mercantilização das imagens, da informação, e do próprio espetáculo. Este que segundo Debord, compreendido na sua totalidade, é simultaneamente o resultado e o projeto do modo de produção existente, qual seja, o capitalista. O espetáculo não é apenas um complemento ao mundo real, mas um adereço decorativo. É, todavia

o coração da irrealidade da sociedade real. Sob todas as suas formas particulares de informação ou propaganda, publicidade ou consumo direto do entretenimento, o espetáculo constitui o modelo presente da vida socialmente dominante. Ele é a afirmação onipresente da escolha já feita na produção, e no seu corolário – o consumo.<sup>7</sup>

A sociedade pós-moderna está inserida dentro de um sistema de padro-

3 BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p.7

4 BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 7-8.

5 BECK, Ulrich. **Sociedade de risco – Rumo a outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011, 2ª ed

6 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: RT, 2006, p. 56.

7 DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1967. p. 11.

nização de gostos e incremento de riscos, onde a fantasia se mistura com o real. É justamente nesse cenário que Baudrillard sustenta a criação de uma nova realidade a partir dos meios de comunicação, qual seja: a hiper-realidade ou realidade virtual. No mundo *hiper-real* perde-se a habilidade de distinguir entre a virtual e o real, do tangível e do intangível, é uma realidade simulada, onde não se sabe seu início e tampouco, seu fim.<sup>8</sup>

Atualmente, o excesso de informação midiática, a demasiada interação social, o consumo massificado e a falsa liberdade advinda do ciberespaço, geram consequências que perpassam ao mundo cibernético e se transpõem à realidade, uma vez que atingem diretamente aspectos psicológicos, materiais e sociais da vida dos indivíduos, estes que muitas vezes, desconhecem e negligenciam os riscos pelo uso das redes.

Nesse contexto, quanto a noção de modernidade e consequências, Anthony Giddens identifica que os riscos decorrentes dos efeitos da globalização, influenciam diretamente nos laços de sociabilidade humana, no incremento de perigos desconhecidos, invisíveis e irremediáveis. A perda da confiabilidade e o latente sentimento de insegurança, são elementos inerentes a nova modernidade, assim, segundo Giddens, “os riscos globais de grandes consequências que todos nós corremos atualmente são elementos básicos do caráter de descontrolo [...]”.<sup>9</sup>

Os perigos da era pós-moderna trazem uma ordem social precária e carregada, uma vez que, “os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial”<sup>10</sup>

Portanto, um dos pontos nevrálgicos do presente estudo é o reconhecimento da fragilidade dos vínculos humanos, o sentimento de insegurança que está subjacente a ela, e os desejos conflitantes dos indivíduos. É nesse sentido que urge a necessidade de compreensão do fenômeno aqui estudado e a reflexão quanto a perda da sensibilidade social e a naturalização de práticas intolerantes, hostis e discriminatórias.

## **Linchamentos virtuais: origem, motivações e consequências**

O termo linchamento tem sua origem no contexto Norte Americano, e faz referência a Charles Lynch (1736-1796), um fazendeiro<sup>11</sup> de Virgínia, durante a Revolução Americana, chefou uma corte irregular formada para punir criminosos e legalistas.<sup>12</sup>

8 BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e Simulações**. Lisboa: Relógio D’água. 1991. p.8.

9 GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo, Editora Unesp. 1991. p. 117.

10 BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora Unesp. 1997. P. 15.

11 Outra possível narrativa é atribuída à Charles Lynch como um Juiz e cidadão de classe alta do condado de Pensilvânia, Virgínia. In: WÄLDREP, Christopher. **The Many Faces of Judge Lynch**. New York: Palgrave MacMillian, 2004.

12 BENEVIDES, Maria Victória. **Linchamentos: violência e justiça popular**. São Paulo:

Isto posto, a compreensão dos linchamentos não é uma consequência da modernidade, muito pelo contrário, sua origem advém do século XVIII. Todavia, ao longo do tempo, foi se remodelando e se adaptando conforme o surgimento de novos meios de propagação além do físico, como a internet.

Com o advento das redes de comunicação social sobrevieram também os linchamentos virtuais, *cyberbullying*, a intensificação dos discursos de ódio, e as mais diversas formas de intolerância, como: racial, religiosa, política, de gênero, entre outras.

Outrossim, o sociólogo José de Souza Martins estuda os linchamentos praticados no mundo físico, mas que perfeitamente se aplicam às situações praticadas no ciberespaço. Segundo a perspectiva do autor, as pessoas lincham para punir, mas sobretudo, para evidenciar seu descontentamento com as alternativas de mudança social que violam concepções, valores, e normas de conduta tradicional de um determinado grupo ou comunidade.<sup>13</sup> A vingança, então, evidencia uma forma de excluir e rejeitar os indesejáveis, e o que eles representam enquanto indivíduos que contrariam direitos instaurados pelo anseio daquela comunidade.

Nesse sentido, Martins retrata o fenômeno dos linchamentos como sendo:

juízos frequentemente súbitos, carregados da emoção do ódio ou do medo, em que os acusadores são quase sempre anônimos, que se sentem dispensados da necessidade de apresentação de provas que fundamentem suas suspeitas, em que a vítima não tem nem tempo nem oportunidade de provar sua inocência. Trata-se de julgamento sem a participação de um terceiro, isento e neutro, o juiz, que julga segundo critérios objetivos e impessoais, segundo a razão e não segundo a paixão. Sobretudo, trata-se de julgamento sem possibilidade de apelação.<sup>14</sup>

O contexto no qual Martins se refere, qual seja, o embate físico entre linchadores e linchado, pode ser redimensionado para o ambiente virtual, onde os acusadores também, em sua maioria são anônimos e as vítimas são julgadas e linchadas em questão de minutos, sem qualquer possibilidade de defesa. Um verdadeiro massacre de todos contra um.

Segundo Karen Mercuri, uma das pioneiras quando o assunto é linchamento virtual, destaca os gatilhos que podem desencadear as práticas de linchamentos virtuais, como: posicionamentos divergentes em relação à massa; intolerância religiosa, de gênero, racial, política; a disseminação de *fake news* (boatos), vingança, entre outros.<sup>15</sup>

---

Brasiliense, 1982. p. 96.

13 MARTINS, José de Souza. **Linchamentos, a Justiça Popular no Brasil**. 2. ed. São Paulo: contexto, 2015. p. 27.

14 MARTINS, José de Souza. **Linchamento: o lado sombrio da mente conservadora**. Tempo Social; Rev. Sociol. USP, São Paulo, 8(2): 11-26, outubro de 1996.

15 MACEDO, Karen Tank Mercuri. conflitos sociais contemporâneos: possíveis causas e

No tribunal da internet, todos são promotores, advogados e juizes de uma causa. Acusam, julgam e condenam sem provas. As redes sociais abriram portas para a disseminação do espetáculo da crueldade simbólica, onde ninguém é inocente e todos são possíveis inimigos. Os sentimentos de solidariedade, compaixão e empatia, se mostra um cenário cada vez mais distante da realidade. Atos de amparo e auxílio ao próximo são percebidos como “estratégias de marketing”, na medida em que as críticas são maiores que os incentivos.

Diante do alcance imensurável de notícias e informações, as consequências decorrentes dos linchamentos, perpassam os danos materiais e atingem diretamente o emocional, o psicológico, ocasionando, muitas vezes, danos irreparáveis, como: depressão, ansiedade, perda de emprego, linchamento físico e até suicídio.

## **O limite da liberdade de expressão e sua distorção nas redes de comunicação**

O ciberespaço traz consigo uma falsa sensação de liberdade, onde o indivíduo se sente protegido atrás de uma tela. Essa liberdade aparente dá ao indivíduo a segurança em exprimir todos os seus medos e anseios, em relação a si e a outrem, sob o respaldo do princípio constitucional da liberdade de expressão (previsto no art. 5º, IX da Constituição Federal).

Por esse motivo se mostra estritamente necessário demonstrar o alcance do referido princípio constitucional e suas limitações ao colidir diretamente com o princípio da inviolabilidade da intimidade, honra e imagem, consoante ao art. 5º X da CF. Para isso, utiliza-se o entedimento consolidado do Supremo Tribunal Federal.

A liberdade de expressão é um direito consignado no artigo 5º da Constituição Federal de 88 e também está previsto no art. 19ª da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Tal direito inclui a liberdade de expressar opiniões, receber e propagar ideias, comentários, convicções, informações ou julgamentos que versem sobre qualquer assunto, por qualquer meio de comunicação, seja verbal ou não verbal.

Em relação a possíveis violações, o direito fundamental da liberdade de expressão precisa ser avaliado e ponderado ao interesse das partes, cuja limitação encontra-se previsto no próprio texto constitucional, estabelecendo limites e a prevalência dos direitos de personalidade.

Sob esse prisma, violar a dignidade da pessoa humana não é apenas transgredir um princípio constitucional, é, contudo, desumanizar o indivíduo e tratar-lhe como se coisa fosse. A dignidade da pessoa humana é um valor supremo e inviolável, cabendo ao Estado sua efetiva manutenção.

Com efeito, em relação ao limite de amparo da liberdade de expressão,

---

consequências dos linchamentos virtuais. **Revista Humanidades e Inovação**, v.5, n. 4 - 2018. p. 198-208.

colaciona-se dois julgados do Supremo Tribunal Federal, vejamos:

**AÇÃO ORIGINÁRIA. [...] LIBERDADE DE EXPRESSÃO LIMITADA PELOS DIREITOS À HONRA, À INTIMIDADE E À IMAGEM, CUJA VIOLAÇÃO GERA DANO MORAL. [...] 2. Embora seja livre a manifestação do pensamento, tal direito não é absoluto. Ao contrário, encontra limites em outros direitos também essenciais para a concretização da dignidade da pessoa humana: a honra, a intimidade, a privacidade e o direito à imagem. [...] 10. Agravo retido e apelações não providos.<sup>16</sup> (Grifou-se)**

**HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. CRIME DE INJÚRIA QUALIFICADA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA PREVISTA[...]. 2. 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 inter-racial, com repúdio ao discurso de ódio. [...] 7. Ordem de habeas corpus denegada.<sup>17</sup> (Grifou-se)**

Ainda, consoante ao entendimento do Supremo Tribunal, em sede de Recurso Extraordinário, o Ministro Celso de Mello ressaltou que, *in verbis*: “O direito à livre manifestação do pensamento, embora reconhecido e assegurado em sede constitucional, não se reveste de caráter absoluto nem ilimitado.”<sup>18</sup>

O Ministro destaca, ainda, que as restrições à liberdade de expressão surgem do próprio texto da Constituição, como aquela que consagra a “intangibilidade do patrimônio moral de terceiros”, que abrange, primordialmente, a preservação do direito à intimidade, a honra e o respeito à integridade da reputação pessoal.

Por fim, Celso de Mello repisa que a Constituição Federal não ampara opiniões, escritos ou palavras cuja exteriorização ou divulgação configure hipótese de ilicitude penal, tal como ocorrem nos crimes contra a honra (calúnia, difamação e/ou injúria), “pois a liberdade de expressão não traduz franquia constitucional que autorize o exercício abusivo desse direito fundamental.”<sup>19</sup>

Nesse sentido, conforme os julgados acima, o princípio constitucional da liberdade de expressão se limita diante da ofensa a outrem, quando essa possui um teor discriminatório e preconceituoso que atinja, diretamente, valo-

16 STF. **Ação Originária**. AO 1390, Relator: DIAS TOFFOLI. DJ: 30/08/2011. Ementa.

17 STF. **Habeas Corpus**. HC 109676, Relator: Luiz Fuz, DJ: 13/08/2013. Ementa.

18 STF. **Agravo em Recurso Extraordinário**. ARE 891647. Relator: Celso de Mello. DJ: 18/09/2015. Ementa.

19 STF. **Agravo em Recurso Extraordinário**. ARE 891647. Relator: Celso de Mello. DJ: 18/09/2015. Ementa.

res invioláveis dentro de uma sociedade.

Todavia, ao se tratar de liberdade de imprensa ou liberdade de informação jornalística, a vedação à censura é primordial ao livre exercício da comunicação social. Portanto, a depender do caso concreto, prevalece o direito à imprensa em veicular informações, em detrimento de possíveis direitos alheios violados.

Assim, é cediço que a mídia jornalística detém amplo poder de convencimento e, via de regra, se compromete com a verdade. E é nesse sentido que o STF tem se posicionado nos últimos anos, para a vedação a censura e manutenção do direito a informação.

Por exemplo, na ADPF 130, importante julgado sobre a não recepção da lei de imprensa pela Constituição Federal de 88, o ministro Carlos Britto asseverou que:

A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, **antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado**, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras.<sup>20</sup> (Grifou-se)

Ainda, consoante a ADPF 130, consagrou-se que o exercício pleno da liberdade de imprensa, assegura aos jornalistas o direito de manifestar-se criticamente em relação a qualquer pessoa “ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado”. Por fim o ministro ponderou a relação de inerência entre o pensamento crítico e a liberdade de imprensa, segundo ele “A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada.”<sup>21</sup>

Isto posto, a discussão perpassa a análise do caso concreto, portanto, mesmo que haja possíveis violações à intimidade ou vida privada, a liberdade em noticiar e fomentar a crítica se faz estritamente necessária em alguns casos, principalmente, em se tratando de pessoas públicas.

Nesse sentido, a Ministra Carmen Lúcia, na ADI 4815, destaca as nuances em censurar, por exemplo, uma bibliografia não autorizada:

a controvérsia constitucional submetida a esta Corte não diz respei-

20 STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. ADPF 130. Relator: Carlos Britto. Dje: 05/11/2009. Ementa.

21 STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. ADPF 130. Relator: Carlos Britto. Dje: 05/11/2009. p. 7.

to à forma adequada de solucionar todos os potenciais conflitos que podem emergir da publicação de obras biográficas. **Cuida-se apenas de determinar se a lei pode consagrar a absoluta prece-dência dos direitos da personalidade, em detrimento da liber-dade de expressão [...].**<sup>22</sup>

Em se tratando de texto biográfico não autorizado, a ministra ressalta ser comum que as pessoas não gostem de ver seus defeitos e fragilidade sendo divulgados comercialmente, e conseqüentemente terem sua imagem, honra e intimidade invadidas. No entanto, a vida em sociedade impõe a todos, violações aos direitos da personalidade, sem que estas sejam necessariamente ilícitas ou indenizáveis. As críticas negativas a um filme ou livro, por exemplo, podem gerar algum dano (moral ou material) aos autores, porém não se pode admitir, que essas críticas sejam cerceadas ou que deem ensejo a indenizações, “*sob pena de se asfixiar a própria liberdade de pensamento e expressão.*”<sup>23</sup>

Portanto, é importante sublinhar que a liberdade de expressão não se restringe somente “a ideias positivas, socialmente aceitas, inofensivas e neutras, mas também aquelas negativas, ofensivas, incômodas e chocantes.” Isto, pois, “é uma exigência do pluralismo e da tolerância, essencial em uma sociedade democrática.”<sup>24</sup>

No caso em específico, há uma enorme discussão acerca do âmbito de proteção da intimidade e da vida privada em relação às pessoas públicas e não públicas. Na medida em que pessoas públicas estão sujeitas a terem suas vidas expostas ou em *spotlights*, essas, por conseguinte, possuem um parâmetro de aferição menos rígido do que os de vida estritamente privada.

Portanto, entende-se que há uma linha muito tênue entre a violação de direitos e o cerceamento da liberdade de expressão. A necessidade de análise ao caso específico é indispensável para a comprovação de danos concretos aos indivíduos envolvidos.

## **Do discurso de ódio e suas conseqüências jurídicas: no âmbito cí-vel e penal**

O Marco Civil da Internet, oficialmente chamado de Lei n° 12.965/2014, é a norma que regula o uso da Internet no Brasil por meio da previsão de princípios, garantias, direitos e deveres para quem usa a rede, bem como da determinação de diretrizes para a atuação do Estado.

O art. 2° da Lei 12.965/14 preceitua acerca da proteção dos Direitos Humanos no âmbito virtual:

---

22 STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade.** ADI 4815. Relatora: Cármen Lúcia. Dje: 29/01/2016. p. 169-170.

23 STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade.** ADI 4815. Relatora: Cármen Lúcia. Dje: 29/01/2016. p. 170.

24 Ibid.

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: I – o reconhecimento da escala mundial da rede; II – **os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais**; III – a pluralidade e a diversidade; IV – a abertura e a colaboração; V – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; VI – a finalidade social da rede<sup>25</sup>

No mesmo sentido da lei 12.965/14, surge a compreensão da lei 13.185/15, que institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*). A referida lei versa sobre medidas de combate ao *bullying* e *cyberbullying*.

De acordo com o § único do art. 2 da lei, o *cyberbullying* ocorre quando se utiliza da internet ou outros instrumentos tecnológicos “para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial.”<sup>26</sup> A problemática de ambas as leis, 12.965/14 (marco civil da internet) e 13.185/15 (*bullying*), recai sobre a ausência de tipificação quanto ao mau uso das redes ou quanto a prática de crimes de ódio na internet.

Consoante a isso, para sanar essa lacuna legislativa, há um Projeto de Lei nº 7.582/2014, que está em tramitação no Congresso Nacional, que tem como objetivo definir os crimes de ódio e intolerância e criar mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso III do art. 1º e caput do art. 5º da Constituição Federal.

Conforme empreendido, as lacunas legislativas abrem margem para a prática de linchamentos virtuais, *cyberbullying*, discursos de ódio e crimes cometidos no âmbito virtual. Sendo assim, atualmente, utilizam-se mecanismos já existentes para coibir e punir o cometimento de violações e infrações dentro do cyberespaço e enquadram-se:

- 1) **nos crimes contra a honra: calúnia, difamação e injúria**, previstos nos artigos 138 a 140 do Código Penal.; 2) **crime de violação da intimidade, para exposição/humilhação pública** No art. 5º, inciso X da Constituição Federal de 88 tratou de proteger a privacidade, e assim dispõe: 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 no art. 186 do Código Civil. 3) **crime por discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional**, em qualquer meio de comunicação, não isentando a Internet, previsto no art. 1º da lei 7.716/89.

25 BRASIL. **Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20112014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 9 jul. 2020

26 BRASIL. **Lei 13.185 de 6 de nov. de 2015**. Combate ao Bullying. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113185.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113185.htm). Acesso em: 9 de jul. De 2020.



Com efeito, as normas legais parecem não abranger de forma eficaz a problemática suscitada pelos “linchamentos virtuais”. Tal fato alcança incontáveis esferas da vida civil e pública dos indivíduos, bem como corrói moralidades e preceitos éticos que são basilares ao Estado Democrático Direito. Se o discurso de ódio fere a pluralidade cultural e o diálogo, fere também a democracia.

## Conclusão

Onde estão os direitos humanos em tempos de distopias democráticas? Na nova era cibercultural os direitos da dignidade da pessoa humana encontram-se esquecidos frente à nova roupagem ideológica mundial. A ascensão da globalização, a diminuição do espaço-tempo, o consumo massificado, o excesso de informações e interações midiáticas, são marcas de uma ordem precária e carregada, caminhando em direção ao individualismo, à insensibilidade, à intolerância e à indiferença.

Nesse sentido, com o advento das Tecnologias Digitais de Informação e Comunicação na vida dos indivíduos, antigas práticas como vingança, segregação e justificações, ganharam proporções alarmantes. Consequentemente a isto, se tornou indispensável o estudo acerca dos conflitos sociais contemporâneos, sobretudo aqueles decorrentes da internet.<sup>27</sup>

Para tanto, no presente ensaio, buscou-se compreender as relações conflituosas entre os indivíduos no líquido cenário da vida moderna, através das ideias centrais de Bauman, Beck, Giddens e Debord. Bem como, realizar uma análise comparativa das consequências dessa pós modernidade, com o surgimento de novas práticas de violações de direitos, como é o caso dos linchamentos.

O estudo discorreu acerca dos linchamentos virtuais, sua origem e motivações, em que uma simples discordância pode gerar uma onda de *haters* e comentários de ódio, cujas consequências jurídicas perpassam, aos crimes contra a honra: calúnia, difamação e injúria; crime de violação da intimidade, para exposição/humilhação pública; crime por discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Quanto a liberdade de expressão, como garantia fundamental, esta possui seu limite a partir da ruptura de um direito de outrem. Na medida em que a livre manifestação do pensamento, não se reveste de caráter absoluto, conforme entendimento da Suprema Corte.<sup>28</sup>

Todavia, há uma linha muito tênue entre a violação de direitos e o cerceamento da liberdade de expressão. A necessidade de análise ao caso específico é indispensável para a comprovação de ofensa ao bem jurídico tutelado.

<sup>27</sup> MACEDO, Karen Tank Mercuri. Op.cit.

<sup>28</sup> **Liberdade de expressão** limitada pelos direitos à honra, à intimidade e à imagem, cuja violação gera dano moral [...] (STF, AO 1390, Rel. Min. DIAS TOFFOLI; Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento: 12/05/2011).

Portanto, falar de linchamentos virtuais é muito mais do que mencionar práticas arbitrárias de violações de direitos, é, contudo, exteorizar a vingança revestida de justiça, é evidenciar as decorrentes rupturas dos laços de sociabilidade, a fragilidade dos vínculos humanos e, principalmente, a inércia das autoridades em buscar solucionar tais questões.

## Referências

- BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e Simulações**. Lisboa: Relógio D'água. 1991.
- BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora Unesp. 1997.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: Rumo a outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011, 2ª Ed.
- BENEVIDES, Maria Victória. **Linchamentos: violência e justiça popular**. São Paulo: Brasiliense, 1982.
- BRASIL. **Lei 13.185 de 6 de nov. de 2015**. Combate ao Bullying. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113185.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113185.htm). Acesso em: 9 de jul. De 2020.
- BRASIL. **Lei nº 5.250, de 9 de fev. de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15250.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm). Acesso em: 9. Jul. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20112014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 9 Jul. 2020
- DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1967.
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo, Editora Unesp. 1991.
- MACEDO, Karen Tank Mercuri. conflitos sociais contemporâneos: possíveis causas e consequências dos linchamentos virtuais. **Revista Humanidades e Inovação**, v. 5, n. 4 - 2018. p. 198-208.
- MARTINS, José de Souza. **Linchamentos, a Justiça Popular no Brasil**. 2. ed. São Paulo: contexto, 2015. p. 27.
- MARTINS, José de Souza. **Linchamento: o lado sombrio da mente conservadora**. Tempo Social; Rev. Sociol. USP, São Paulo, 8(2): 11-26, outubro de 1996.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: RT, 2006, p. 56.

STF. **Ação Originária**. AO 1390, Relator: DIAS TOFFOLI. DJ: 30/08/2011. Ementa.

STF. **Habeas Corpus**. HC 109676, Relator: Luiz Fuz, DJ: 13/08/2013. Ementa.

STF. **Agravo em Recurso Extraordinário**. ARE 891647. Relator: Celso de Mello. DJ: 18/09/2015. Ementa.

STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. ADPF 130. Relator: Carlos Britto. Dje: 05/11/2009.

STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. ADI 4815. Relatora: Cármen Lúcia. Dje: 29/01/2016. p. 169-170.

STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. ADI 4815. Relatora: Cármen Lúcia. Dje: 29/01/2016.

WALDREP, Christopher. **The Many Faces of Judge Lynch**. New York: Palgrave McMillian, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro, Revan, 1991.

# HUMOR E MINORIAS: QUANDO O RISO DEIXA DE SER LEGAL

**Luiz Henrique de Melo Pinheiro**

Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia e Assistente de Alunos no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Rondônia

## **Resumo:**

O trabalho “Humor e Minorias: quando o riso deixa de ser legal” explora a relação entre os discursos humorísticos que possuem os grupos minoritários como objeto e a consagração dos direitos das minorias positivados na Constituição Federal Brasileira de 1988. Diante desta problemática, busca-se demonstrar como as representações humorísticas das minorias são utilizadas para a manutenção de estereótipos negativos que impedem o pleno exercício dos direitos fundamentais por parte dos indivíduos pertencentes a estes grupos. Por outro lado, há aqueles que afirmam que o discurso humorístico é um mero exercício da liberdade de expressão ou uma simples brincadeira que não causa ofensa. Ao longo deste trabalho, procurou-se compreender sobre: as teorias do humor e como o humor é capaz de influenciar a opinião pública; os processos identitários de formação das minorias; os direitos à liberdade de expressão, à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem e à igualdade das minorias.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Minorias; Humor.

## **Introdução**

A liberdade de expressão e os limites do humor constituem uma temática de discussão importante na sociedade brasileira. Ao passo que as minorias estão conquistando a cada dia novos espaços e direitos, os grupos detentores do poder (na sociedade brasileira, normalmente, são homens, brancos, donos de grandes empreendimentos e/ou veículos de comunicação de massa; empresários financeiros, etc.) reagem procurando manter suas práticas discriminatórias às minorias; algumas vezes identificados por meio de discursos que utilizam o humor para este fim, sob a alegação de estarem exercendo o direito à liberdade de expressão.

De um lado, os grupos ofensores utilizam o direito à liberdade de expressão para proferir seus pensamentos e discursos que ridicularizam e infe-

rriorizam os grupos minoritários. Muitas vezes, estas mensagens são expressas por meio do discurso humorístico e quando seus autores são confrontados alegam ser apenas um exercício de comicidade, que procura provocar o riso, sem de fato ofender alguém.

Do outro lado, os grupos ofendidos alegam que os discursos humorísticos provocam efeitos muito maiores que apenas o riso. Entre seus argumentos está a percepção de que comentários feitos sob a égide do discurso humorístico são capazes de atentar diretamente a dignidade dos grupos que são seus objetos.

A escolha por este tema decorre da observação de que a Constituição Federal de 1988 (CF/88) possui dispositivos que protegem tanto os discursos humorísticos, quanto dispositivos que buscam promover a inclusão dos grupos minoritários. Desta forma, observa-se que não raramente ocorre a judicialização do humor no judiciário brasileiro, o que contrapõe direitos fundamentais consagrados no texto constitucional. A partir de então, surge a necessidade de verificar se o discurso humorístico pode configurar um obstáculo à consagração dos direitos às minorias, quais os mecanismos jurídicos existem para coibir esta eventual obstrução e se eles estão obtendo êxito.

## **Desenvolvimento**

Para a proposta de discutir os excessos do humor ofensivo às minorias é necessário elucidar o que é o humor aqui discutido e que expressão humorística é objeto deste trabalho. Neste sentido, em Travaglia (2015) e Possenti (2018) observa-se que o humor não se manifesta em um único tipo textual, mas sim como a característica de provocar efeito cômico. Esta característica pode estar presente em praticamente toda forma de comunicação humana, desde os textos tipicamente cômicos, como as piadas, aos textos não tipicamente cômicos, como os filmes, os romances, os textos jornalísticos, os artigos acadêmicos e os diálogos coloquiais; assim, o humor não está restrito aos humoristas profissionais. Desta forma, interessam a este trabalho todas as manifestações cômicas que possuem como objeto os grupos minoritários e os indivíduos pertencentes a estes grupos.

Ainda sobre o humor, é essencial tratar sobre os mecanismos que provocam o efeito cômico e sua influência na formação da opinião pública, criação e manutenção dos estereótipos. A corrente teórica mais amplamente aceita para explicar o mecanismo do efeito cômico é a teoria da incongruência. Conforme esta teoria, o efeito cômico decorre do rompimento lógico, ou seja, da quebra de expectativa.

Bergson (1983) adiciona à teoria da incongruência o fato de que o riso (ou o humor) é social. Este conceito implica que o emissor do discurso humorístico e seu público devem pertencer ao mesmo grupo social, compartilharem dos mesmos signos e símbolos. Assim são capazes de compartilhar determinado conhecimento sobre o alvo do discurso cômico, terem determi-

nada expectativa e aplicarem determinada lógica que, ao serem rompidas, geram o efeito cômico pretendido. Deste modo, compreende-se que discursos humorísticos que utilizam do racismo, da homofobia, da transfobia e demais formas de segregação com os grupos minoritários exigem que autor e público tenham conhecimento e compartilhem dos signos e lógicas segregatórios.

Os discursos humorísticos atuam diretamente na formação da opinião pública. Fonseca (1994) atenta para o fato de que a sociedade, por meio do efeito cômico das piadas, concede status de “verdade absoluta” a estereótipos e preconceitos: “As piadas são expressões do humor, fazem parte do imaginário coletivo. Elas buscam a manifestação do riso. O problema é que o senso comum aí expresso, frequentemente, adquire status de verdade, perpetuando estereótipos e preconceitos.” Moreira (2019) vai além e afirma que o discurso humorístico racista, por ele denominado de racismo recreativo, associa constantemente os povos negros e indígenas a características que influenciam desde a percepção do valor social que esses grupos possuem, para eles e para os outros grupos, à inserção de indivíduos desses grupos no mercado de trabalho. A constante representação de homens negros como preguiçosos e avessos ao trabalho influencia na não contratação destes homens para os postos de trabalho.

É fundamental também explicar os processos de formação dos grupos identitários, bem como delimitar quem são as minorias. Ao iniciar a explicação sobre identidade e diferença é essencial destacar que estes termos não podem ser dissociados um do outro (SILVA, 2000). A identidade pode ser definida, de forma simplificada, como aquilo que o sujeito é, ao passo que a diferença surge como aquilo que o sujeito não é. Há ainda o caráter da autodeterminação do sujeito em se determinar isto ou aquilo. Deste modo, o processo de determinar ser algo pode ser entendido como uma negação automática sobre ser todas as outras coisas que se opõem àquilo que foi afirmado ser. Observamos que ainda que identidade e diferença estejam interligadas, a diferença é compreendida pelo sujeito como produto da identidade, logo, existe uma tendência natural em apontar que a nossa identidade é a norma, o padrão a ser seguido, cabendo à diferença o papel de desvio desse padrão, de ser a falha da normalidade (SILVA, 2000); mesmo que para criar a sua própria identidade tenham sido rejeitadas todas as outras identidades.

A construção da identidade e da diferença é, acima de tudo, um processo de construção simbólico. No processo em que um indivíduo identifica/determina a si mesmo como “homem”, “branco”, “heterossexual”, “brasileiro”, “judeu”, ele está aceitando e concordando com uma série de signos que fazem sentido não apenas para ele, mas para toda a sociedade a que ele pertence. Os signos devem ser partilhados pelos membros da sociedade para que possuam qualquer sentido. Ainda que os demais membros da sociedade não estejam identificados com estes signos, é necessário que eles conheçam os seus significados. Nota-se que grupo dos detentores do poder tende a constituir a identidade que deve pautar todas as outras. Na divisão binária dos “nós”

e do “eles”, o “eles” é visto pelos dominantes como um bloco único sem quaisquer diferenciações, ainda que uma observação melhor demonstre que no grupo “eles” estão sendo agrupadas culturas totalmente distintas. Dessa forma, para a classe dominante, a sua identidade é tão naturalizada que passa a não mais precisar de identificação, ela é o certo per si.

A hierarquização decorre do grupo dominante para os outros grupos. É a partir do grupo dominante que os outros grupos são classificados; é a partir do branco que os negros são racializados, é a partir dos heterossexuais que os homossexuais são sexualizados, é a partir dos cristãos que os praticantes de religiões de matriz africana passam a ter a sua religiosidade compreendida como exótica, diferente, muitas vezes, demoníaca. Um exemplo do processo de hierarquização das identidades a partir da identidade hegemônica, que passa a não ser vista como uma identidade própria, mas sim como a identidade ideal, pode ser encontrado na Constituição Federal. O texto constitucional cita explicitamente os negros e os indígenas, ao passo que os brancos não possuem qualquer citação. Em certo grau é possível afirmar que a Constituição deriva dos brancos, afinal eles são a maioria política, detentora do capital e do poder de legislar; nesta perspectiva os direitos assegurados aos negros e indígenas são vistos como concessões da classe branca dominante. Desta forma, é possível afirmar que as minorias não são assim definidas em função da quantidade de indivíduos, mas sim do afastamento que os membros de um grupo têm do poder e do capital dentro da sociedade em que estão inseridos. As minorias não são quantitativas, mas sim políticas.

Após os esclarecimentos acerca do humor, seus impactos na sociedade e as minorias é necessário analisar esta problemática em conformidade com os direitos fundamentais consagrados na Constituição Brasileira correlatos ao tema. De início, destaca-se que a atual Constituição Federal do Brasil foi promulgada em 1988 e possui forte orientação progressista, em seus artigos estão presentes princípios como liberdade de pensamento, liberdade religiosa, liberdade de expressão e igualdade que foram positivados e adquiriram o status de direitos fundamentais. Entre seus objetivos está a promoção do bem de todos “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988). Aparecem ainda ao longo da Constituição o repúdio e a criminalização do racismo; a valorização da diversidade étnica, regional e cultural; e o reconhecimento aos indígenas de suas organizações sociais próprias, suas religiões, suas línguas e seus costumes. Assim fica clara a intenção do constituinte de proporcionar proteção às minorias.

A Constituição Federal de 1988 fez a opção por apresentar os direitos fundamentais como os responsáveis pela consagração de uma existência digna às pessoas, sendo o principal dever do Estado conseguir assegurar e concretizar o gozo destes direitos pelos seus cidadãos. Portanto, percebe-se que é através da concretização dos direitos fundamentais e sua incorporação no dia a dia dos cidadãos brasileiros que estes conseguem exercer seus poderes e liberdades, bem como exigir a prestação estatal daquilo que está consagrado

no texto constitucional.

Dentro da seara dos direitos fundamentais, Sarmiento (2016) aponta que a dignidade da pessoa humana merece especial atenção. Ainda que seja um dos direitos expressamente escritos na Constituição Federal e que se faça presente nos argumentos das mais diversas categorias de ações judiciais, existe o entendimento doutrinário de que a dignidade da pessoa humana seja a fonte da qual derivam todos os demais direitos humanos e fundamentais (quando positivados dentro do ordenamento jurídico), não um direito propriamente dito.

O primeiro direito fundamental a ganhar destaque para a discussão acerca dos discursos humorísticos ofensivos às minorias é a liberdade de expressão. Costumeiramente os humoristas e demais defensores deste tipo de humorismo argumentam que estão fazendo mero exercício de sua liberdade de expressão, sem que, necessariamente, concordem ou reproduzam os pensamentos apontados em seus discursos. Importa delimitar que a liberdade que possui importância para a proteção e a tutela estatal é a liberdade de manifestação do pensamento, ou liberdade de expressão, não a do mero pensamento. O pensamento, por si mesmo, é incapaz de provocar efeitos sensíveis no mundo exterior ao indivíduo, é impossível que o Estado exerça seu controle e impeça que o indivíduo tenha determinado pensamento. Contudo, a manifestação desse pensamento através de uma atitude concreta ou do mero discurso que o expõe ao mundo exterior é de suma importância para a coletividade. Daí decorre a necessidade de explicitar e, conseqüentemente, positivar a liberdade de manifestação na Constituição Federal.

O primeiro reforço à ideia de que a liberdade de expressão deve possuir limites surge na própria Constituição que, ao apresentar a liberdade (de manifestação, no texto constitucional) no inciso IV do seu 5.º artigo e positivar tal direito, impõe a vedação ao anonimato. Diante da explícita vedação das manifestações anônimas, é possível afirmar que esta seja a primeira limitação à liberdade de expressão. Novamente no 5.º artigo da Constituição Federal e logo no inciso seguinte, o V, temos a apresentação de outras duas limitações constitucionais à liberdade de expressão: o direito de resposta e a indenização por dano material, moral ou à imagem. Diante disto, percebe-se a preocupação dos constituintes tanto em assegurar a liberdade de expressão logo na parte inicial do texto constitucional, quanto em evitar que esse direito seja entendido como ilimitado, por meio da apresentação de suas limitações de imediato.

Além da garantia à liberdade, a Carta Magna (arts. 5.º, IX, e 220, § 2.º) apresenta expressamente a vedação à censura (BRASIL, 1988), muito em função do momento em que foi escrita suceder um dos períodos mais obscuros da história brasileira. Essa influência histórica possui reflexos ainda hoje, uma vez que a discussão acerca da censura é extremamente sensível em nossa sociedade, afinal, ainda reside o temor do surgimento de um novo período de repressão estatal. Para fins de exemplificação, durante o momento de confec-



ção deste trabalho, eclodem manifestações de apoiadores do atual governo ao redor do país que clamam pela retomada da ditadura militar e de toda a repressão estatal com ela relacionada. Curiosamente são também estes apoiadores do governo que defendem que os discursos (humorísticos ou não) que ofendem as minorias são meros exercícios de liberdades de expressão e que esta deve ser absoluta, ao menos nestes casos.

Contudo, é necessário destacar o erro de contextualização histórica da alegação de estar no exercício do direito à liberdade de expressão durante a prática de discursos potencialmente ofensivos a indivíduos e grupos minoritários. a conquista do direito à liberdade de expressão diz respeito à expressão que costuma ser cerceada pelo Estado, a expressão do povo que historicamente foi reprimido e contrária aos governantes e à classe dominante. A censura desta expressão é que é condenável e deve ser amplamente combatida. Por outro lado, a conquista deste direito não teve em sua gênese o propósito de garantir a possibilidade de ofender indivíduos e grupos pertencentes ao lado mais frágil da sociedade; pelo contrário, a busca era dar voz a esses cidadãos.

O direito à liberdade de expressão é essencial para uma sociedade tolerante e igualitária. É por meio dele, e em um dos seus exercícios mais importantes e difíceis, que as minorias conseguem manifestar seus anseios e conquistar os espaços de representação política.

Das próprias limitações da liberdade de expressão depreendem-se outros direitos fundamentais relacionados à presente discussão: os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. Conforme entendimento doutrinário, a intimidade está relacionada aos círculos mais pessoais do indivíduo, ela se manifesta em suas relações com familiares e amigos mais próximos (RAMOS, 2016). Desta forma, a intimidade está circunscrita dentro do direito à vida privada, também chamado de direito à privacidade. A privacidade, conforme Ramos (2016, p.512): “consiste na faculdade de se optar por estar só e não ser perturbado em sua vida particular, formando uma esfera de autonomia e exclusão dos demais”. Assim, a privacidade acaba por englobar mais níveis da vida social do indivíduo, extrapolando a sua intimidade e servindo de proteção para toda a vida privada do indivíduo. É por meio dos direitos à intimidade e à vida privada que o indivíduo encontra proteção para não ter sua vida exposta publicamente. O direito à imagem protege o indivíduo do uso não autorizado de sua imagem. A honra surge então como a manifestação do valor social que o indivíduo possui. Manter a honra incólume é preservar o valor que o indivíduo percebe possuir e que a sociedade em que ele está inserido percebe que ele possui. É importante apontar que o sentimento de honorabilidade é elementar para a concretização da dignidade humana, pois é através dele que o indivíduo se posiciona dentro da sociedade e consegue desfrutar dos seus direitos, garantias e espaços políticos. O destaque aplicado à honra e à imagem é tão latente que logo após a apresentação do direito à liberdade de manifestação, o texto constitucional prevê a reparação por danos

causados à honra e à imagem. Para além da Constituição Federal, o Código Penal brasileiro dedica todo um capítulo aos crimes contra a honra, compreendendo os tipos penais da calúnia, da difamação e da injúria. A relação entre esses direitos e o potencial ofensivo do humor é de fácil compreensão, são estes os direitos que são mais facilmente percebidos como lesados pelos discursos de humor e que são, quase sempre, utilizados como argumentos nas ações que pleiteiam a reparação civil por danos morais oriundos de discursos ofensivos.

Ainda que a lesão aos direitos elencados não seja exclusiva dos discursos humorísticos, não são raras as vezes em que esses direitos são feridos em comentários que, conforme seus autores, tentavam apenas provocar o riso daqueles que seriam atingidos pela mensagem. Humoristas podem, eventualmente, gerar graves ofensas à honra de pessoas que são alvos de seus comentários jocosos e, não raramente, programas televisivos humorísticos, sites virtuais e usuários de mídias sociais acabam ridicularizando indivíduos pertencentes a grupos minoritários através do uso abusivo e não autorizado de suas imagens; por sua vez o abuso da imagem tem estreita relação com a invasão da vida privada e da intimidade.

Desse modo, a percepção de que os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, em especial os dois últimos, podem ser ampliados para além do indivíduo, considerando o pertencimento do indivíduo a determinado grupo e expandindo a lesão aos direitos para todo o grupo, é, além de correta, extremamente necessária quando são discutidas as violações aos direitos dos grupos minoritários.

Por fim, necessita-se apresentar o papel do direito à igualdade para a presente discussão. O direito à igualdade é uma das principais conquistas do ordenamento jurídico brasileiro e defendê-lo cumpre uma das mais importantes tarefas da Constituição Federal de 1988. Exemplos de sua presença no texto constitucional se manifestam no art. 3º, III e IV; no art. 5º, caput e I; no art. 7º, XXX e XXXI; e no art. 39, § 3º dentre outros (MASSON, 2015; RAMOS, 2016).

A principal definição e que causa reflexos em todo o sistema jurídico pode ser observada no caput do 5º artigo, que determina que: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”; positivando a isonomia do tratamento em solo brasileiro. É importante ressaltar que as conquistas históricas que ensejaram a luta por igualdade durante as revoltas liberais dos séculos XVII e XVIII preocupavam-se, majoritariamente, em modificar a situação daquele período histórico em que os ricos tinham mais direitos que os pobres.

Este entendimento implica uma das atuais acepções da igualdade existentes ainda hoje. Contudo, a igualdade pretendida pelo texto constitucional brasileiro deve ser compreendida em dois eixos: primeiro, o tratamento isonômico dispensado pelo Estado a todos os cidadãos; segundo, a promoção do bem estar de todos sem distinção e a busca pela redução das desigualdades,

em conformidade com o que é apresentado nos objetivos da Constituição Brasileira, ao longo do artigo 3º.

Observa-se a partir daí que a Constituição Federal estimula a existência de políticas públicas que visem transcender o mero tratamento isonômico para seus cidadãos e que busquem, de fato, atender as demandas diferentes dos grupos diferentes. Compreende-se o direito à igualdade como a gênese do direito à diferença, afinal, para promover o bem-estar de todos é preciso promover o bem-estar dos diferentes sem qualquer distinção entre eles, ainda que para isso seja necessário criar mecanismos específicos aos múltiplos grupos sociais. Desta forma, derivam do direito à igualdade direitos específicos que pretendem atender as necessidades das minorias, como o direito à igualdade racial e o direito à igualdade de gênero.

Perspectivas mais voltadas à proteção das minorias, como a defendida pelo professor Adilson Moreira (2019), pregam que a emancipação das minorias é, na realidade, a afirmação máxima do direito à igualdade. Uma sociedade incapaz de aplicar a igualdade para os diferentes grupos identitários acabar por reafirmar que as minorias são compostas por indivíduos com menor valor social; desta forma, são mantidos estereótipos que determinam que espaço social e político deve ser ocupado por cada grupo (MOREIRA, 2019).

Conforme a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a igualdade deve nortear não apenas as relações entre Estado e indivíduo, mas também as relações entre os particulares. Desta maneira, não é permitido qualquer tratamento segregatório também entre os particulares, devendo ser tratados igualmente todos, sem distinção de cor, idade, gênero, nacionalidade, raça, sexualidade, religião e afins.

Para a concretização do dever de inclusão existem ao longo do texto constitucional tratamentos diferentes aos diferentes, de modo a promover, de fato, a igualdade de todos. Isto pode ser verificado, por exemplo, no tratamento previdenciário diferente para as mulheres e a criminalização do racismo (SARMENTO, 2016). O dever de inclusão não se esgota na Constituição Federal, existem outros instrumentos legislativos que também buscam a sua realização, como o Estatuto da Igualdade Racial (Lei n.º 12.288 de 2010).

Nesta perspectiva, não existe proteção constitucional para o discurso de ódio e demais posturas que obstam a igualdade dos mais distintos grupos sociais. Do contrário, verifica-se que o tratamento igualitário e a promoção da igualdade dos diferentes grupos identitários que constituem a sociedade brasileira são os principais alicerces da concretização da dignidade humana que orienta todo o texto constitucional. O compromisso com a inclusão é característica marcante das sociedades verdadeiramente democráticas, característica que constitui um dos desejos primordiais da Carta Magna (MOREIRA, 2019). O tratamento igualitário é capaz de afirmar que todos os cidadãos são igualmente valiosos, em consonância com que explica Moreira (2019): “A proteção dessa igualdade de status é um compromisso de toda a sociedade porque ele requer o reconhecimento recíproco da nossa igual dignidade.”

Verifica-se que, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, os excessos à liberdade de expressão devem ser discutidos em momento posterior ao que são proferidos, somente após a eventual judicialização. Como verificado ao longo deste trabalho, o direito à liberdade de expressão não é absoluto e possui algumas limitações, dentre elas, a propagação do discurso de ódio que busca inferiorizar as minorias, por meio do antissemitismo, do racismo, da LGBTfobia, da misoginia e das demais ofensas às minorias. Para além da indenização para reparação por danos morais na esfera cível, existem pelo menos dois tipos penais que criminalizam as condutas que ofendem as minorias e os indivíduos pertencentes às minorias.

Individualmente, como já apresentado, existe o tipo penal da injúria racial no art. 140, §3º, do Código Penal, que corresponde a ofensas que atingem a honra de uma pessoa ou de pessoas determinadas; sendo assim, a injúria racial é uma ofensa direcionada. Coletivamente, há o que consta no art. 20 da Lei 7.716 de 1989 que criminaliza a prática, a indução ou a incitação a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional; e que teve sua proteção ampliada à população LGBT conforme decisão do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, o que ocorre no Brasil é que essas condutas raramente resultam em punição aos seus agentes, desta forma, o poder judiciário vem estimulando o sentimento geral de impunidade por parte dos que propagam os discursos ofensivos, uma vez que são pouquíssimas as demandas judiciais que pretendem penalizar os discursos ofensivos às minorias e estas demandas, quando são julgadas, costumam resultar em absolvição dos réus.

Quando o discurso ofensivo é propagado através do discurso humorístico, a punibilidade tende a ser ainda menor, como aponta Moreira (2019). Isto se deve a uma série de fatores; entre eles, a ideia amplamente divulgada dentro da sociedade brasileira de que o Brasil é uma democracia racial e de que o racismo não existe neste país. Um grande número de condenações por atos intolerantes significaria assumir que a democracia racial é um mito e que o Brasil é realmente um país com tensões raciais latentes que se manifestam também em discursos segregacionistas.

Outro importante fator destacado por Moreira (2019) é que normalmente os juízes determinam que para haver a condenação por injúria racial é necessário o *animus injuriandi*, mas quando a injúria é fruto de um discurso humorístico eles entendem que há apenas o *animus jocandi*. Desta forma, para esta corrente (que é a majoritária), o discurso em que prevalece o *animus jocandi* não pode ser considerado doloso, sendo assim se torna inviável a condenação dos réus. Moreira (2019) destaca ainda que casos de injúria racial em que foram proferidos termos como “negra fedorenta” ou “macaca fedida” acabam sendo considerados apenas como injúria, sem a qualificação do tipo penal que pode aumentar a pena, pois os juízes consideram que estes termos foram proferidos em um ambiente de ânimo exaltado e não revelam o desejo do acusado de ofender racialmente a vítima.

## Considerações Finais

O estudo científico do humor revelou que o discurso humorístico possui um valor inestimável na sociedade contemporânea. O efeito cômico é um forte instrumento do capitalismo para ditar os padrões de consumo que atendem aos desejos da elite econômica; o discurso humorístico serve para afirmar, construir, desconstruir ou contrariar opiniões que se disseminam por toda a população. Mas os impactos do discurso humorístico podem ser sentidos em questões muito mais amplas.

O que se percebe é que o discurso humorístico tem sido utilizado para a propagação de estereótipos que generalizam e classificam todos os membros dos grupos minoritários como indivíduos inferiores, com menor valor social e político do que os membros dos grupos dominantes. Para isto, o humor se utiliza da sua capacidade influenciar a opinião pública, através dele são ditas várias falas que em outros contextos seriam perceptivelmente ofensivas. O discurso humorístico é normalmente avaliado como uma brincadeira, sem pretensão de ofender, mas para que se produza o efeito cômico é necessário que aquele que fala e aquele que ri compartilhem dos estereótipos negativos que estão sendo produzidos e reproduzidos.

O estudo da constituição das minorias é revelador ao mostrar como a identidade do grupo dominante possui a tendência de compreender que as suas características são as ideais, enquanto as características dos grupos diferentes são inferiores. Neste cenário, percebe-se que a elite dominante costuma subjugar e retratar os demais grupos como defeituosos. Os discursos que pregam o extermínio das minorias são classificados como discurso de ódio. O discurso humorístico surge então como uma das mais poderosas ferramentas para a perpetuação dos estereótipos que inferiorizam os grupos que diferem da elite; o que é evidenciado pelo posicionamento das associações que representam estes grupos e por indivíduos destacados deste grupo. Neste sentido para alguns autores o discurso humorístico, que retrata negativamente as minorias, pode ser classificado como discurso de ódio.

É importante salientar que as minorias são essencialmente políticas; os grupos identitários se formam a partir das diferenciações para com os outros grupos, contudo, as minorias são os grupos identitários que não são os detentores do poder político e econômico. A minoria pode ser composta por mais indivíduos do que a maioria política.

Observa-se que a Constituição Federal de 1988 tem como orientação que os grupos minoritários carecem de maior proteção; desta forma, o texto constitucional qualifica como um de seus principais objetivos a busca por uma sociedade igualitária que permita a inclusão das minorias. Para este fim, além da proteção constitucional, foram criadas uma série de políticas públicas que pretendem emancipar os grupos minoritários; entretanto, o que se verifica é que apesar das conquistas das minorias, a sociedade permanece hierarquizada em uma estrutura que privilegia determinados grupos enquanto oprime

outros.

Outro direito que possui grande valor na Carta Magna é a liberdade de expressão. Reafirma-se aqui que a origem do direito à liberdade de expressão é possibilitar que as minorias possam ter voz dentro da sociedade, expondo suas demandas e conquistando novos espaços políticos. Contudo, a liberdade de expressão tem sido utilizada como o principal argumento dos comediantes quando sofrem acusações de terem ofendido as minorias ou indivíduos pertencentes às minorias.

Ainda que a legislação brasileira e a jurisprudência tenham criado mecanismos para coibir o discurso de ódio, percebe-se na sociedade brasileira que o discurso de ódio poucas vezes recebe qualquer punição, o que é verificado através dos baixos números de casos que buscar penalizar esta conduta. A impunidade do discurso de ódio é potencializada quando ele é escamoteado através do discurso humorístico. Assim são criados vários argumentos que desqualificam as denúncias feitas pelas minorias, suas acusações são taxadas como excessivamente sensíveis ou exageradamente problematizadoras; enquanto as ofensas proferidas pelos dominantes são meras brincadeiras que não foram corretamente interpretadas ou fruto de reações normais em discussões mais acaloradas. As ofensas às minorias são normalizadas pela sociedade brasileira.

Ao final deste trabalho é possível compreender que os grupos minoritários não desfrutam de forma plena dos direitos fundamentais assegurados na Constituição e que o discurso humorístico possui papel fundamental nesta lesão de direitos. Contudo, a censura prévia do discurso encontra barreiras na própria Constituição e também traz grandes malefícios à sociedade. Apontase ainda que o Brasil possui dispositivos capazes de reparar os danos causados pelos discursos ofensivos e punir seus emissores, no entanto, estes não são devidamente aplicados. Moreira (2019) explica que a razão para a não aplicação dos dispositivos está no fato de que não há diversidade na composição dos magistrados brasileiros; estes são, em sua maioria, homens brancos, heterossexuais e cristãos, ou seja, são membros dos grupos que compõem a elite política e econômica brasileira, não das minorias. Desta forma, para eles, a relativização e desconsideração das práticas discriminatórias serve para manter a imagem de que o Brasil é um país livre de discriminação, afinal, não são eles o principal alvo destas práticas.

## Referências

BERGSON, H. **O Riso**: ensaio sobre a significação do cômico. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983

BRASIL. **Constituição do Brasil. Constituição da República Federativa de 1988**, 05 de Outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 13 out 2019.

CARVALHO, B. S. de; COSER, I. Multiculturalismo e Direitos Especiais de

- Representação. **Caderno CRH**, Salvador, v. 29, n. 77, p. 363 – 379, Maio/Agosto 2016.
- FELIPE, M. L. Discursos sexistas no humorismo e na publicidade: a expressão pública, seus limites e os limites dos limites. **Cadernos Pagu**, Campinas, s/v, n. 41, p. 95 – 119, Dezembro 2013.
- FERES, J. J.; CAMPOS, L. A. **Ação Afirmativa no Brasil**: multiculturalismo ou justiça social? Lua Nova, São Paulo, s/v, n. 99, p. 257 – 293, Dezembro 2016.
- FLEURI, R. M. **Políticas da Diferença**: para além dos estereótipos na prática educacional. *Educação Social*, Campinas, v. 27, n. 95, p. 495 – 520, Agosto 2006.
- FONSECA, D. J. **A piada - discurso sutil de exclusão**: um estudo do risível no “racismo à brasileira”. 1994. 298 p. Dissertação (Ciências Sociais) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- GRUDA, M. P. P. **O discurso do humor politicamente incorreto no mundo contemporâneo**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2017.
- MOREIRA, A. **Racismo Recreativo**. São Paulo: Pólen, 2019. (Feminismos Plurais).
- POSSENTI, S. **Cinco Ensaios Sobre Humor E Análise do Discurso**. 1. ed. São Paulo: Parábola, 2018.
- RAMOS, A. de C. **Curso de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SILVA, T. T. da. A produção social da identidade e da diferença. In: SILVA, T. T. da (org.). **Identidade e Diferença**: A perspectiva dos estudos culturais. Petrópolis: Vozes, 2000. cap. 2.
- TRAVAGLIA, L.C. Texto Humorístico: o tipo e seus gêneros. In: CARMELINO, A. C. (Org.) (2015). **Humor eis a questão**. São Paulo: Cortez.
- VILLARRUEL-SILVA, M. L.; ZAPATER, M. C. Liberdades de pensamento na emergência dos discursos de ódio: notas sobre os exercícios de expressão e de direito. In: ZUIN, A. L. A. (org.). **Mídia, Política e Direitos Humanos**. 1. ed. Curitiba: Brazil Publishing, 2019, p.35 – 48.

# MÍDIAS SOCIAIS E VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DE ADOLESCENTES EM CUMPRIMENTO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

**Juliane de Oliveira Souza**

Doutoranda e Mestre em Políticas Públicas e Formação Humana pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro/Brasil. Membro do Instituto por Direitos e Igualdade, Rio de Janeiro. Especialista em Promoção da Saúde e Desenvolvimento Social pela Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro. Graduada em Serviço Social pela Universidade Federal Fluminense

## **Resumo:**

A pesquisa tem por objetivo refletir sobre as violações de direitos humanos de adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas constituídas por postagens disseminadas pela rede social Facebook, tomando como base de estudo o Jornal “Tribuna de Petrópolis”. Busca-se analisar como as reportagens da rede social deste Jornal e os comentários dos internautas podem influenciar nos processos de subjetivação, assim como violar os direitos de adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas no município de Petrópolis, no Rio de Janeiro. A análise contou com uma amostra de 56 reportagens da página do jornal, assim como com alguns dos comentários e a interação entre os leitores. Os resultados apontam frequentes violações dos direitos desses adolescentes pela mídia; a construção estereotipada da identidade de “menor infrator”; a expressão maximizada do desejo de punição/castigo deste público.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Mídia; Adolescentes; Violações; Medidas Socioeducativas.

## **Considerações iniciais**

É necessário pensarmos sobre as diversas situações de violência e injustiça que se fazem presentes na vivência de adolescentes periféricos e em nossa sociedade como um todo, tanto nos casos de desrespeito aos direitos humanos fundamentais, como nas condições sociais e estruturais sub-humanas de vida a que são submetidos. O intuito é problematizar a forma de como a mídia pode impactar a vida de adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas e até que ponto os comentários das pessoas em uma rede so-



cial podem estar diretamente ligados aos processos de violações de direitos.

Estes processos de violência são legitimados e propagados pela sociedade, que apoia, ou até mesmo ignora sua ocorrência, quando direcionada a determinados segmentos sociais considerados perigosos ou criminosos. Perdura na sociedade brasileira a ideia de que os direitos dessa juventude seriam privilégios, ou seja, que eles não são punidos da forma como deveriam. Este é um fato que muitas vezes justifica uma espécie de “desumanização” e propagação de discursos de ódio daqueles que cometem atos infracionais, como se deixassem a condição de seres humanos, materializada na negação dos direitos humanos fundamentais a esse público.

A nossa hipótese é a de que reportagens do Jornal “Tribuna de Petrópolis” e os comentários dos internautas sobre adolescentes que cometem atos infracionais contribuem e justificam os processos de violações que já sofrem. A partir do discurso midiático, as múltiplas faces da violência são associadas aos pobres, negros e periféricos. Os lugares onde se encontra esta parcela da população são reconhecidos como espaços de criminalidade e constante desordem e que, por isso, precisam ser afastados, isolados.

Ao utilizarmos como metodologia a análise de redes sociais é possível compreender peculiaridades deste fenômeno, facilitadas pela sociabilidade e pela interação das pessoas na era cibercultural, estabelecidas com mediação das tecnologias de informação e comunicação.

Há, ainda, a impunidade oferecida pelo anonimato das redes, em que ninguém sabe exatamente quem é quem. Nesse sentido, a pesquisa se debruça também, sobre aspectos desses agrupamentos, com interações sociais mediadas pela tecnologia digital, onde há uma comunicação em que as pessoas se expressam com maior liberdade, violando os direitos de uma juventude criminalizada.

## **Alguns apontamentos sobre percurso das crianças e adolescentes no Brasil: os menores perigosos**

Torna-se necessário realizar um breve panorama histórico a fim de exemplificar como as nuances das políticas para os adolescentes considerados infratores foram se construindo na história do Brasil. A produção de juventudes desiguais vem se constituindo em todo o século XX, a partir de uma massiva internação de jovens e crianças pobres. Com o Código de Menores<sup>1</sup>, de 1927, o recolhimento por parte do Estado permaneceu, ou seja, crianças e adolescentes considerados perigosos, em situação de abandono ou sozinhos pelas ruas, eram recolhidos.

É importante destacar que o primeiro código de “menores”, diferen-

1 O Código de Menores do Brasil, denominado Código Mello Mattos, seguia a lógica de intervenção originada pelas situações de pobreza a que estavam expostos os abandonados e os denominados de delinquentes. O Código continha 231 artigos e foi denominado com esta nomenclatura a fim de homenagear o seu autor, o jurista José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, primeiro juiz de menores do país (MIRANDA, 2008).

ciava o “menor” abandonado, a criança perigosa que perambulava pelas ruas, da “criança de família”. Nesse sentido, diferentes estabelecimentos de acolhimento surgiram nessa época. Ressalta-se então a dimensão dos termos criança e menor. Criança era o termo empregado quando se tratava de crianças das famílias “de bem”, enquanto o termo “menor” foi utilizado para discriminar as crianças pobres.

Podemos perceber práticas de controle e vigilância se estabelecendo em diferentes momentos, precedidas de discursos de caridade e proteção, com o objetivo de controlar as crianças e adolescentes pobres, vistos como delinquentes, menores perigosos, infratores.

Os anos 1980 foram destacados por conta de uma abertura democrática, da Constituição de 1988, que foi marcada em seu bojo pela luta dos movimentos sociais. Passava-se então de um momento tutelar, assistencialista, para a responsabilização penal dos adolescentes. A Doutrina de Proteção Integral, promulgada a partir da Constituição Federal de 1988, passa a orientar as diretrizes de acompanhamento de crianças e adolescentes no país em todos os âmbitos.

No que tange às políticas propostas pelo Estado, Passeti (1991) destaca que tinha sua atuação voltada no sentido de evitar o “[...] desfecho do circuito da pobreza - práticas antissociais – marginalização, alterando-o para pobreza - conduta anti-social - instituição - reintegração” (PASSETI, 1991, p. 159).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), do ano de 1990, buscou sanar os danos causados pelas leis que antecederam sua criação, como o Código de Menores. Entretanto, tais instrumentos legais brasileiros não trouxeram soluções contundentes, embora alcançando alguns avanços em relação ao tratamento de crianças e adolescentes. As ações exitosas que têm como base esse estatuto constituem-se como algo distante do que pregam os documentos oficiais.

A política de internação se fortalece e a punição aparece como uma marca que se aprofunda cada vez mais, a partir do fortalecimento de um Estado Penal. O desejo de punir nasce das classes dominantes, aquelas que detêm os bens e têm acesso aos privilégios que grande parte da população não tem. Pessoas que se consideram “de bem” e desejam afastar a marginalidade do convívio da sociedade.

Há uma lógica de reafirmar estereótipos do menor infrator, o negro das periferias e favelas. Estão presentes, ainda hoje, essas marcas, mesmo com a retirada do conceito de “menor” do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em 1990. Para Batista (2013) o encarceramento de determinada camada da população inicia-se como um controle às populações pobres. Em entrevista na Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), o autor discorre: “A partir daí, a prisão privativa de liberdade surge. Ela vem para punir a população pobre das grandes cidades em um momento em que se começou a criminalizar a pobreza, a vadiagem e as greves. E é nesse contexto que surgem os primeiros

presídios”<sup>2</sup>.

Se trouxermos esta reflexão para o atual momento percebemos que, mesmo após instituir o ECA, determinada parcela de crianças e jovens continua sendo internada, encarcerada sofrendo todos os tipos de violações. São constantemente controlados, vigiados e associados à criminalidade e violência. Quanto ao constante estado de medo disseminado em nossa sociedade, no que se refere a esse público, concordamos com Batista (2012) quando pontua que há uma produção de medo incessante em nossa sociedade. A todo o momento encontram-se formas de “demonizar” determinadas condições sociais e assim encarcerar os atores envolvidos na situação.

## As caravanas que não param de aumentar e a hipertrofia do Estado Penal

Ao se deparar e analisar essa *torturante contemporaneidade*<sup>3</sup> é possível perceber a demanda por uma dita segurança social pela sociedade. Nesse sentido cabe refletirmos sobre o aprofundamento e intensificação das mudanças geradas a partir do avanço do ideário neoliberal.

A fim de contextualizar o avanço de um estado penal seguido de forte penalização e criminalização de uma classe, é necessário compreendermos esse sistema de penitências que, por sua vez, se apresenta de maneira seletiva. Aos pobres, só nos resta punir! É de suma importância ressaltar alguns aspectos importantes desse fortalecimento do Estado Penal.

Nesse contexto consideramos que, junto com o neoliberalismo, veio este quadro que encontramos na contemporaneidade: a penalidade neoliberal com a chegada de “mais estado” no âmbito da segurança, vigilância e policiamento e o “menos estado” para o âmbito econômico e social.

Associamos a periferia ao risco e o pobre ao bandido. Tal pressuposto parte sempre da ideia de punir mais e melhor, por muito mais tempo, a fim de conter uma classe que está na base de uma pirâmide. Está inculcado em nós o que Batista (2012) denomina *adesão subjetiva à barbárie*, onde temos um desejo por punição e castigo. Muito disso é difundido através da indústria cultural e da grande mídia que têm o poder de forjar em nós uma subjetividade disciplinar que pede mais punição.

Compreendemos que a violência, além de muitas vezes nos atingir, nos atravessa a todo o momento. Como então reproduzimos essa violência contemporânea? Para Passos (2009) “a violência e sua cruzeza se impõe, no entanto, como fato concreto que resiste à sua banalização pela presença massiva na mídia”. (p. 255).

Os jornais de notícias na internet têm grande influência na difusão e

2 BATISTA, Nilo. Entrevista. Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio. Fiocruz. **Muita pena sinaliza pouco oxigênio democrático, sinaliza autoritarismo.** Entrevista realizada por Viviane Tavares. Rio de Janeiro, 2013 s/p.

3 Termo utilizado por Malaguti Batista em “Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal” (2012).

propagação de uma criminalidade e violência associadas especificamente a essa juventude. Determinado perfil de jovens tem sido frequentemente chamadas de notícias que, por sua vez, são amplamente difundidas e compartilhadas pela sociedade.

O Atlas da Violência (2017), já citado, apresenta que homens, jovens, negros e de baixa escolaridade são as principais vítimas de mortes violentas no Brasil. A população negra corresponde à maioria (78,9%) dos 10% dos indivíduos com mais chances de serem vítimas de homicídios.

O estudo ainda revela que, a cada 100 pessoas assassinadas no Brasil, 71 são negras. Negros possuem chances 23,5% maiores de serem assassinados. É impossível deixarmos de ressaltar o fato de que jovens e negros do sexo masculino permanecem sendo constantemente assassinados todos os anos. Um genocídio da juventude negra praticado pelo Estado dito democrático e de direito.

As execuções no Brasil e o aumento significativo dos grupos de extermínio são resultados sinistros dos grandes investimentos na política de segurança privada ocorrida no país durante o período ditatorial, sobretudo no seu período mais sombrio, na década de 1970 do século passado (CALDEIRA, 1991).

Com o advento do neoliberalismo o estado se converte à ideologia do mercado, diminuindo com isso suas prerrogativas nas áreas econômicas e sociais e aumentando e reforçando as intervenções nos âmbitos da “segurança” e da dimensão criminal.

O Estado Social e de bem-estar social começou a ser substituído pelo Estado-penitência, ou seja, um estado de contenção social apresentado por seus mecanismos de vigilância em todos os âmbitos para a construção das prisões e a ampliação dos aparelhos de punição. Não entraremos nesta discussão, mas cabe ressaltar que, nesta desconstrução, Castel (1995) explicita que nas sociedades de capitalismo avançado ocorre o processo denominado de *desfiliação*, quando a sociedade vai perdendo a ideia de propriedade social que foi construída no período de Estado Social.

A partir da ideia de um Estado Penal tem-se a desconstrução do Estado Social e Bem Estar Social. Para Wacquant (2004):

A penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um “mais Estado” policial e penitenciário o “menos Estado” econômico e social que é a *própria causa* da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo (WACQUANT, 2004, p. 4).

Segundo Wacquant (op. cit.) o fortalecimento de um estado penal nos Estados Unidos veio como resposta a uma insegurança social e não a uma insegurança criminal. Ele acentua três rupturas analíticas que levaram ao o que denomina de “novo governo da insegurança social”. Tal fato se apresen-

taria como a combinação do *workfare* restritivo com o *prisionfare* expansivo. A primeira ruptura que o autor trabalha é a relação crime e castigo que, por sua vez, foi superada na contemporaneidade; a segunda seria uma associação das políticas assistenciais com as penais e, por fim, demandava uma superação artificial. Esta articulação do *workfare* com o *prisionfare* acaba por forçar as classes pobres a saírem da assistência social, sendo empurradas para trabalho flexibilizado, precário, que passará por políticas de desqualificação e criminalização (BATISTA, 2012, p. 307).

Começou a haver uma espécie de retração do trabalho social e uma expansão do regime prisional sendo, com isto, uma forma de organização para disciplinar as frações mais precarizadas da classe trabalhadora. Logo, seria uma resposta à difusão de uma insegurança social que se apresentou por conta da fragmentação do trabalho assalariado. As modificações ocorridas nas políticas assistenciais e judiciais aparecem como uma reconstrução do estado, onde há a combinação citada anteriormente entre trabalho social restritivo e o regime prisional expansivo.

Para Birman (2012) esta configuração específica, na direção das linhas de força, acabaria por condensar os destinos traçados para a insegurança social na formação social no capitalismo neoliberal. O autor afirma:

Portanto, seriam essas direções claramente *divergentes* assumidas pelo estado neoliberal, que fragilizaria o trabalho social por um lado, e que em contrapartida incrementaria o regime prisional pelo outro, num movimento significativo que tem a forma de uma gangorra, o que configuraria a forma de ser do estado penal na contemporaneidade. Seria isso o que delinea de forma rigorosa a forma de lidar com a insegurança social na atualidade (BIRMAN, 2012, p. 156).

Wacquant (2010) apresenta a expansão de um estado penal na metade da década de 1970 nos Estados Unidos, se expandindo mais tarde por toda a Europa, porém, este fato, não gerou nenhuma ruptura na evolução da criminalidade. Ou seja:

Não foi tanto a criminalidade que mudou, mas *o olhar que a sociedade passou a ter sobre algumas ilegalidades de visibilidade pública*, ou seja, no final das contas, sobre as populações deserdadas e desamparadas (por seu status ou origem) que começaram a recair a suspeita de crimes, desde o local que essas pessoas ocupam nas cidades, até os usos e tradições delas passaram a ser explorados nos âmbitos político e midiático (p. 199).

O autor utiliza o termo *categorias-detrito*: jovens à deriva, nômades, dependentes químicos, que não possuíam um emprego fixo, considerados indesejáveis nos espaços públicos e ameaçadores de uma segurança social. Tal fato, cooptado pela mídia, foi produzindo em nós subjetividades punitivas, construindo uma ideia de criminoso e solicitando cada vez penas mais endurecidas

em nome de uma maior segurança.

O estado se transformou em estado penal com uma expansão massiva e reorganização da prisão e seus *tentáculos institucionais* como Batista (2012) destaca a partir de Wacquant:

[...] a articulação das políticas econômicas e assistenciais do projeto neoliberal com o que chamamos de *adesão subjetiva à barbárie*, associando ao que ele chama de “expansão e reorganização da prisão e seus tentáculos institucionais, que reforma a paisagem sociossimbólica, reconstruindo e reconfigurando o próprio estado que se converteu em estado penal como “potente motor cultural”, com seus próprios direitos, categorias classificações e imagens” (p. 308).

Nesse sentido, vemos uma expansão do poder punitivo, o aumento do número de prisões, assim como de presos, podendo ser associado ao estado no capitalismo neoliberal. Para Batista (op. cit.) a chegada de um estado penal seria uma nova forma de gerir a pobreza, assim como Wacquant (2004), que ressalta que seria uma *ditadura sobre os pobres* onde se “pretende remediar com “mais Estado” policial e penitenciário o “menos Estado” econômico e social” (p. 4). O autor afirma:

Em tais condições, desenvolver o Estado penal para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela des-sociação do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios, a amplitude e a intensidade da intervenção do aparelho policial e judiciário, equivale a (r)estabelecer uma verdadeira *ditadura sobre os pobres* (p. 6).

Associamos prontamente a pobreza à criminalidade e à periculosidade, produzindo em nós medo e sensação de insegurança. Batista (2012), em seus escritos, afirma que temos a tendência de resolver a conflitividade social com a questão penal, ou seja, de questão social se transforma em questão penal. Qualquer desordem, problemas cotidianos são resolvidos com base na punição.

Em um curto período de tempo o número de presos quintuplicou no Brasil. Celas abarrotadas de uma camada de inclassificáveis e ingovernáveis que merecem morrer dentro de onde nem o sol alcança. “Tem que bater, tem que matar, engrossa a gritaria. Filha do medo, a raiva é mãe da covardia [...]”<sup>4</sup>. São pobres, tão pobres que sequer merecem viver. Esta sociabilidade perversa é envolta de uma barbárie desmedida quando se trata de uma análise das prisões que Wacquant (2004) denomina de *campos de concentração para pobres*. Para o autor, seria a “supressão do Estado econômico, enfraquecimento do Estado social, fortalecimento e glorificação do Estado penal” (p. 11).

4 HOLANDA. Chico Buarque, **Caravanas**. In. Caravanas. Rio de Janeiro: Biscoito Fino, 2017, CD.

No decorrer das três últimas décadas, que por sua vez foram marcadas por confrontos raciais abalando os grandes guetos das metrópoles, começa a ter mais espaço um Estado penal e policial, em que a criminalização e “contenção punitiva” (WACQUANT, 2003) das classes pobres se configuram como política social.

## **Mídias sociais e violação dos Direitos Humanos: resultados parciais da pesquisa**

Em Difíceis ganhos fáceis, Malaguti Batista (2003) salienta as diferentes abordagens criminais empregadas frente a casos de tráfico protagonizados por jovens, de acordo com a procedência do infrator: “a designação de um papel de consumidor para o jovem da classe média e de traficante para o jovem das favelas e bairros pobres do Rio, a seletividade da justiça juvenil” (BATISTA, 2003, p.17). A análise da utilização do termo “menor” é bastante expressiva para compreender como é instituída a imagem de um jovem criminoso na mídia.

Conforme abordamos neste artigo, ressaltamos que foi durante a vigência dos Códigos de Menores (1927 e 1979) que a justificativa da proteção autorizava a privação de liberdade.

A criminalização dessa juventude reforça a cotidianamente o jovem estigmatizado chamado de “menor”, associando-o ao termo bandido. Foi construída, reforçada e naturalizada uma classe perigosa para a sociedade, sendo esta a responsável pela violência e insegurança generalizadas (SPOSITO, 1994), isso sem levar em consideração que um fenômeno só pode aparecer dentro de uma história e de uma sociedade que o produzem.

Em conformidade com o que foi analisada anteriormente, a menção à menoridade está associada a um cenário criminal e, à vista disso, deveria ser evitada – principalmente em casos de mera suspeita. De um total de 56 reportagens do jornal “Tribuna de Petrópolis”, aproximadamente 20 referiam-se nas chamadas utilizando o termo “menor”.

Por que abstrair a utilização do substantivo “adolescentes/ jovens”, em prol do reforço à questão da menoridade? Nesse sentido, a mídia assume um papel fundamental em toda essa construção e na compreensão da produção de sentidos.

No que se refere à veiculação de notícias sobre os jovens que cometem/ cometeram atos infracionais, a mídia tem produzido violações de direitos aos mesmos, bem como possibilitado a criação de um espaço produtor de violações também por parte dos leitores, ao realizarem comentários estigmatizantes e violentos direcionados aos jovens. Como por exemplo: “Uma pena que a polícia fez o “certo”. Deveria ter levado num cantinho e enchido a cara deles de balas” (Comentário no *facebook* do jornal “Tribuna de Petrópolis”, 09/10/2017).

Constata-se que existem mecanismos de veiculação e propagação de

uma ideologia racista, que criminaliza os jovens principalmente os que cometem atos infracionais. Indica dizer que há, sim, nos discursos de modo geral, e de maneira mais trabalhada nos discursos midiáticos, considerando suas particularidades, métodos de incorporação de uma ideologia para inculcar em nossas mentes, no caso da pesquisa, a produção do jovem criminoso, perigoso e que ameaça nossa segurança.

Destarte, a análise dos comentários presentes nas reportagens também contribuiu com o processo. É nesta desproporcionalidade discursiva que aparecem e são mediatizados modelos, convicções, conceitos, pré conceitos, estigmas, posições ideológicas, criminalização e outros. A partir das notícias coletadas e pelos fragmentos discursivos estigmatizantes, preestabeleceu-se uma espécie de criação de um cenário de medo onde há um suspeito que, por sua vez, é jovem, em sua maioria negro e morador das comunidades de Petrópolis. Um discurso moral em defesa de uma Petrópolis que era calma, tranquila e sem “banditagem”.

## Considerações finais

A atuação da mídia elabora um discurso para consolidar a figura do “jovem traficante” como inimigo público número um produzindo a construção do “sujeito matável”. No discurso em questão, a materialidade simbólica fabrica efeitos de verdade que suscitam uma situação de negação jovem, pobre, negro e das periferias.

A partir da análise e da discussão as reportagens do jornal “Tribuna de Petrópolis”, foi viável observar que a ideologia dominante exprime-se na forma como os veículos de comunicação apresentam os acontecimentos. É forjada a imagem de um jovem criminoso que ameaça o bem-estar social, um monstro que deve ser abatido. Esta criação de estereótipos gera, por sua vez, políticas de higienização, vinculando a cor da pele, classe social e o local de residência à criminalidade, fundamentando a apreensão preventiva e o genocídio de jovens de um perfil característico.

Niveladas a ideia de linguagem como prática social, as concepções sobre o dialogismo colaboram para a percepção dos modos como nos textos se substancializam, por meio das múltiplas vozes que fazem parte da coletividade social, convocadas ou silenciadas, as relações de saber e poder e de que modo se constituem e atestam determinadas formas de vivermos a vida social, em detrimento de outras também possíveis. Asseguram-se práticas sociais cotidianas discursivas e não discursivas que delimitam quais são os espaços a serem ocupados pela população negra, pobre e das periferias.

O meio jornalístico nas mídias sociais é um instrumento de proliferação das práticas de subjetivação e conduta. A análise dos discursos parte do princípio de que existem mecanismos que estabelecem uma discursividade que permite a veiculação de uma ideologia de violência e racismo que trata essa juventude de maneira a violentar os seus direitos. Um dos canais, para tanto,



é este meio midiático, que aparece como um dos principais elementos discursivos, cerceados e controlados por uma sociedade do discurso, instituída pelo branco imperial da cidade de Petrópolis.

Ao olharmos para o Estado, nos questionamos a respeito do quanto este é um aparato de defesa da noção de civilidade, protegendo e abarcando cidadãos, compreendendo os Direitos Humanos e sendo a primeira trincheira de defesa dos mesmos; ou, em contrapartida, um instrumento de truculência e violação – um braço de repressão enviesado numa sistematicidade cruel que permeia os modos de vida e dita, por regras diversas, quem vive e quem morre. Vale lembrar que o Estado – por si - não é. A questão sempre é: quem está sendo agente, por meio do estado?

Esta política de morte, que vem abatendo e aniquilando vidas jovens e negras em sua maioria, precisa ser identificada, diagnosticada, para que possa ser combatida e impedida. São os corpos jovens que têm sido majoritariamente destruídos por essas políticas. O genocídio e, por conseguinte, a necropolítica, são faces do mesmo processo. É necessário combater a ambos. Há a necessidade de lutar contra essa lógica perversa e repensar os nossos modos de ser e estar na vida.

## Referências

BATISTA, Nilo. Entrevista. Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio. Fiocruz. **Muita pena sinaliza pouco oxigênio democrático, sinaliza autoritarismo.** Entrevista realizada por Viviane Tavares. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/entrevista/muita-pena-sinaliza-pouco-oxigenio-democratico-sinaliza-autoritarismo> Acesso em: 04/09/2018.

BATISTA, Vera M. Adesão subjetiva à barbárie. In: **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal.** Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BATISTA, Vera M. **Díficeis ganhos fáceis:** drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BIRMAN, Joel. Responsabilidade moral e criminalização na formação social neoliberal. In: Vera Malaguti Batista. (Org.). **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal.** Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BRASIL. **Código de Mello Mattos. Decreto n. 17.943-A,** de 12 de outubro de 1927. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm) Acesso em: 05/09/2018

BRASIL. **Código de Menores. Lei n. 6.697,** de 10 de outubro de 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/16697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/16697.htm) Acesso em: 05/09/2018.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Resolução n. 119,** de 11 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sedh/ct/spdca/sinase/Sinase.pdf> Acesso em: 05/09/2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Presidência da

República. Casa Civil. Brasília, 1988. Disponível em:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 15/08/2018.

BRASIL. Lei nº 8.069. **Estatuto da criança e do adolescente**. São Paulo: Cortez, 1990

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. “Direitos humanos ou ‘privilegio de bandidos’? Desventuras da democratização brasileira”. **Novos Estudos**, nº. 30, p. 162-174, julho, 1991.

CASTEL, Robert. Uma política sem Estado. In: **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. Petrópolis: Vozes, 1995, p.281-344.

HOLANDA, Chico Buarque de. Caravanas. In. **Caravanas**. Rio de Janeiro: Biscoito Fino, 2017, CD.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Atlas da Violência**. Rio de Janeiro. 2017. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/2/2017> Acesso em 12/04/2018.

MIRANDA, Humberto da Silva. **Meninos, Moleques, Menores... Faces da Infância no Recife 1927 - 1937**. 2008. Dissertação (Mestrado em História Social da Cultura Regional). Universidade Federal Rural de Pernambuco -UFRPE, Recife – PE, 2008.

PASSETTI, Edson. O Menor no Brasil Republicano. In: PRIORE, Mary Del (org). Passagens. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, São Paulo: Contexto, 1991. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/47617997/DEL-PRIORE-Mary-Historia-da-Crianca-no-Brasil> Acesso em: 14/09/2018.

PASSOS, Eduardo. O Estado violento em nós. in: **Clínica e Política 2: subjetividade, direitos humanos e invenção de práticas clínicas**. Rio de Janeiro: Abaçar: Grupo Tortura Nunca mais,2009.

SPOSITO, Marília. A **sociabilidade juvenil e a rua**: novos conflitos e ação coletiva na cidade. Tempo social, Departamento de Sociologia, FFLCH/USP. São Paulo, v. 5. n.1-2, p. 161-178, 1994.

WACQUANT, L. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro; Renavan, 2003.

WACQUANT, L. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004 (versão digitalizada).

WACQUANT, L. Insegurança social e surgimento da preocupação **com a** segurança. *Panóptica*, v. 5, n. 2, 2010.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência: Homicídios por arma de fogo**. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR); Secretaria de Governo da Presidência da República. Secretaria Nacional de Juventude (SNJ); Flacso Brasil, 2016.

# O DIREITO À INFORMAÇÃO E OS DIREITOS POLÍTICOS À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA

**Nathália Carvalho Schmidt de Deus**

Advogada com subscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e Ordem dos Advogados Portugueses. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro; Mestranda em Ciências Jurídicas Internacionais na Universidade de Lisboa; Mestranda em Segurança da Informação e Direito do Ciberespaço pelo Instituto Superior Técnico de Lisboa, Escola Naval Portuguesa e Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

## **Resumo:**

Este artigo trata de aspectos importantes sobre o Direito à Informação e os Direitos Políticos relacionados, com base em uma pesquisa realizada no âmbito do Mestrado de Ciências Jurídicas Internacionais da Universidade de Lisboa, que resultou em um relatório de 35 páginas depositado no repositório da Faculdade de Direito em 2019. O princípio da liberdade de expressão é matriz em relação a outros, mas traz inúmeras restrições. Na seara do Direito Internacional, ações cibernéticas instituem uma intervenção proibida, como os casos de manipulação seletiva de opiniões ou opinião pública nas vésperas das eleições; bem como, os serviços de notícias online quando alterados em favor de um partido em particular, a divulgação de notícias falsas ou a interrupção dos serviços online de uma parte. Todavia, deve ser garantida a participação dos cidadãos nas decisões relativas ao seu próprio desenvolvimento de forma livre e justa. Condição *sine qua non* para o exercício pleno e efetivo da democracia.

**Palavras-chave:** Direito à Informação, Direitos Políticos, Liberdade de Expressão, Direito Internacional da Pessoa Humana.

## **Introdução**

Os meios de veiculação da informação perpassam por uma constante evolução de modo que podemos nos deparar, atualmente, com diferentes formas de manifestação da expressão humana através dos rádios, televisão, jornais impressos e as atuais formas de comunicação em rede virtual de computadores.

O acesso à informação por meio da internet possibilita uma participação do público outrora impensável através das redes sociais, o que permite, também, uma diferente forma de participação política nos dias atuais.

A permanente comunicação entre governantes e governados caracteriza bem essas modificações, fazendo com que a democracia não fique restrita à natureza mandamental<sup>1</sup>. Percebe-se, assim, um vínculo entre os direitos políticos, ou seja, o direito de participar na governação de seu país e de votar em eleições livres e justas com o direito à liberdade de expressão<sup>2</sup>.

De certo, por mais que sejam os partidos os responsáveis por gerir governos, o “impulso político por parte dos cidadãos” decorre das “liberdades públicas”, dentre elas, a liberdade de expressão. E, ainda, vai depender do grau de influência nas decisões governamentais e independência em relação aos partidos e organizações<sup>3</sup>. A evolução tecnológica da informação contribui para esse grau de influência governamental.

Neste aspecto, mesmo sem uma definição exata, a democracia seria a única organização de poder a salvaguardar a “liberdade individual” e todos os elementos que a estruturam como o pluralismo político, a liberdade de expressão, a liberdade de informação, a liberdade de comunicação...<sup>4</sup>

## **A proteção do direito à informação e à liberdade de expressão**

O Direito à informação, bem comum da humanidade, é um direito indisponível, público e subjetivo de qualquer cidadão<sup>5</sup>.

O direito à informação, como um bem jurídico essencial da pessoa humana, ganhou respaldo em julho de 1789, na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, artigo 11; na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), artigo 19; Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (CADH), artigo 13; no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1992 (PIDCP), artigo 19; na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), artigo 10; e na Declaração Universal sobre Informação e Democracia promovida pela organização Repórteres Sem Fronteiras (RSF) e elaborada por uma comissão internacional<sup>6</sup>.

1 Cfr. Luiz S. Cabral de Moncada, *O Estado Pós-Moderno*, Lisboa, Quid Juris, 2018, p. 244.

2 Cfr. Eduardo Correia Baptista, *Direito Internacional Público. Vol. II. Sujeitos e Responsabilidade*. Lisboa, AAFDL, 2015, p. 452.

3 Cfr. Jorge Miranda, *Divisão do Poder e Partidos Políticos*, Salvador, Revista Populus, Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, Escola Judiciária Eleitoral – nº 4, 2018.1 –pp. 75-76.

4 Monica Herman Caggiano, *Transparência Elemento estruturante das democracias*, Itália, UNESCO, 2016, pp. 140-141.

5 Ariane Simioni, «O direito à informação e os direitos de personalidade na sociedade informacional», in Luiz Gonzaga Silva Adolfo (org.), *Temas atuais de direito da sociedade da informação*, Salvador, EDUFBA, 2015, pp. 51-76 (p. 56).

6 Cfr. noticiado em 12/09/2018, a Declaração Universal sobre Informação e Democracia, no fórum da paz em Paris, teve o apoio de Burkina Faso, Canadá, Costa Rica, Dinamarca, França, Letônia, Líbano, Lituânia, Noruega, Senegal, Suíça e Tunísia (último parágrafo). Disponível em <https://www.efe.com/efe/brasil/mundo/declara-o-universal-sobre-informa-e-democracia-lan-ada-em-paris/50000243-3810136> (último acesso em

Além destes, existem diferentes textos concebidos pelo Conselho da Europa, conhecidos como prolongamento do artigo 10º da CEDH, entre os quais se destacam a Declaração sobre a liberdade de expressão e de informação adotada pelo Comitê de Ministros em 1982, a Recomendação sobre os princípios relativos à publicidade televisiva, adotada pelo mesmo Comitê em 1984 e as Resoluções da Assembleia Parlamentar sobre o Direito de Resposta, as Concentrações de Imprensa, o Acesso à Informação detida por Autoridades Públicas, os princípios relativos à publicidade televisiva e, por fim, uma resolução relativa à Proteção de Dados e à Liberdade de Informação<sup>7</sup>.

O direito à informação compreende a liberdade de procurar, receber e expandir informações e ideias (PIDCP, artigo 19; CEDH, artigo 10, nº 1; DUDH, art. 19). Este direito, sob tutela do Direito Internacional da Pessoa Humana, é apenas um dos abarcados pela liberdade de expressão, como a liberdade de opinião e outros que são reconhecidos mesmo sem previsão expressa, como a liberdade de imprensa.

A liberdade de expressão não é um bem jurídico absoluto, pois comporta restrições. Quanto às restrições à liberdade de expressão, há previsão pelos documentos internacionais no seguinte sentido: em respeito aos direitos e reputação de outrem; quando são necessárias à salvaguarda da segurança nacional, da ordem pública, da saúde e da moralidade públicas (art. 19º.3 do PIDCP; art. 13º.2 da CADH).

A CEDH, no art. 10º, nº 2, foi mais abrangente no que se refere a estas restrições e também prevê a submissão à certas formalidades, condições ou sanções que “constituam providências necessárias”: à segurança nacional, à integridade territorial ou à segurança pública, à defesa da ordem e à prevenção do crime, à proteção da saúde ou da moral, à 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.

O TEDH (Tribunal Europeu dos Direitos do Homem) declarou um firme princípio no julgamento *Handyside c. Reino Unido* (1976) num caso conhecido sobre “The Little Red Schoolbook”, pelo qual observou-se que a liberdade de expressão é uma das essenciais fundações de uma sociedade democrática, uma condição básica para o progresso e para o desenvolvimento de toda pessoa<sup>8</sup>.

---

26/05/2019).

7 Jacques Velu/ Rusen Ergec, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Extrait du Répertoire pratique du droit belge*, Complément, tome VII, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 600.

8 *Handyside c. Reino Unido*, Queixa no. 5493/72, Julgamento em 7 de dezembro de 1976, p.18: “The Strasbourg Court declared that freedom of expression is one of the essential foundations of a “democratic society”, a basic condition for its progress and for every person’s development, applicable, not only to “information” or “ideas” that are regarded favourably, or as inoffensive or with indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of population. The judgment noted: “Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no ‘democratic society’”. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499> (último acesso em 29/05/2019).

## A liberdade de imprensa

De todas as liberdades atribuíveis à liberdade de expressão, a liberdade de imprensa tem um valor relevante, tendo em vista as inúmeras vezes que sofreu restrições em períodos antidemocráticos na história de diversos países do mundo, o que contribuiu para a limitação de outras liberdades e o cometimento de diversos crimes bárbaros que aviltam a integridade física e moral da pessoa humana.

É imprescindível para uma democracia governamental a garantia de liberdades como a liberdade de imprensa, através da qual o cidadão pode fazer as suas apelações<sup>9</sup>.

De facto, a liberdade de imprensa comporta um fator primordial dentro da liberdade de expressão, sem a qual a democracia não sobrevive<sup>10</sup>.

O jornalismo não tem o propósito de ajudar quem detém o poder, mas investigar e analisar, informando aos cidadãos sobre vários aspectos, inclusive a política. A liberdade na mídia tem um papel importante de proteção dos direitos humanos. A função informacional e investigativa sobre suspeitas de corrupção, improbidade administrativa, crimes eleitorais, abuso de poder, tortura, irregularidades administrativas, a idoneidade de figuras políticas, só pode ser cumprida numa democracia e respeitada sob a tutela da liberdade de imprensa<sup>11</sup>.

Assim como a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa não é um direito absoluto e seus limites são os mesmos estabelecidos no artigo 10, n.º 2 da CEDH. As restrições atribuíveis à liberdade de imprensa devem assumir sempre os consignados nos direitos humanos, segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu e da Comissão<sup>12</sup>.

## Sujeito ativo

O jornalismo funciona, muitas vezes, como um meio de denúncia de práticas ilegais de autoridades públicas<sup>13</sup>. Por conta disso, o jornalista encon-

9 Norberto Bobbio, 1909, *The future of democracy*, The University of Minnesota, Polity Press, 1987, p. 39: "... the necessary precondition for any democratic government is the garante of civil liberties: well, freedom of the press, freedom of assembly and association are all channels via wich the citizen can appeal to those in government to ask for advantages, benefits, special terms, a more equal distribution of resources".

10 Para Jacques Velu e Rusen Ergec, *ob. cit.*, p. 604, "Bien que la liberté de la presse ne soit pas visée explicitement à l'article 10, il ne fait pas de doute qu'elle constitue une des composantes essentielles de la liberté d'expression. Espace primordial de débat politique et philosophique, et instrument redoutable de contrôle de l'action des pouvoirs publics, la presse d'une société démocratique doit refléter les valeurs essentielles de celle-ci..."

11 Thomas Hammarberg, «Media freedom and human rights in Europe», in (eds.) Josep Casadevall (et al.), *Freedom of Expression, Essays in Honour of Nicolas Bratza*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers (WLP), 2012, pp. 43-59 (p.43).

12 Cfr. Raquel Resende, «A liberdade de imprensa na Convenção Europeia dos Direitos do Homem», em Ana Maria Guerra Martins, *Estudos de Direito Europeu e Internacional dos Direitos Humanos*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 79-143 (p. 111).

13 Cfr. Thomas Hammarberg, *ob. cit.*, p. 43: "Freedom of the media plays an enormously

tra-se em situação de vulnerabilidade ao expor factos publicamente, mesmo sem pronunciar qualquer crítica. No entanto, a utilização da mídia, mesmo sendo ela jornalística, pode ser através de pessoas que não são profissionais do meio para denunciar questões de interesse público.

Num caso analisado pelo TEDH, um advogado foi condenado em cumplicidade com um jornalista em França, por difamação de juizes de instrução que investigavam a morte do juiz Bernard Borrel. O advogado patrocinava a ação em favor da viúva<sup>14</sup>. Não importa que o jornalista não seja o autor principal da matéria publicada, a condenação do advogado, mesmo que indiciado a pagar uma multa de pequena quantia, é o suficiente para constranger o seu direito à liberdade de expressão, gerando um “chilling effect” no seu exercício<sup>15</sup>.

Sendo assim, qualquer pessoa que procure os meios de imprensa para revelar uma matéria de interesse público está tutelada pelas regras de proteção da liberdade de expressão trazida pela Convenção.

Ressalte-se que, conforme o artigo 19 do PIDCP, “toda e qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão”, assim como o artigo 10, nº1 do CEDH. E, ainda, de acordo com a Declaração Universal sobre Informação e Democracia promovida pela organização de Repórteres Sem Fronteiras (RSF) e elaborada por uma comissão internacional, o jornalismo pode ser praticado por vários autores, independentemente de seu *status* ou se eles são profissionais ou não<sup>16</sup>.

## Sujeito passivo

De acordo com o PIDCP, artigo 2º, nº2, os Estados Partes têm o com-

---

important role in the protection of all other human rights. There are many examples where the misuse of power, corruption, discrimination and even torture have come to light because of the work of investigative journalists”.

14 *Morice c. França*, Queixa. no. 29369/10, Julgamento em 23 de Abril de 2015. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-154265> (último acesso em 20/09/2019).

15 *Morice c. França*, *Press Release* ECHR 142(2015) de 23.04.2015: “Sanctions imposed”: “The Court took into account the nature and severity of the sanctions imposed. It reiterated that even a relatively small fine would still have a chilling effect on the exercise of freedom of expression. Imposing a sanction on a lawyer might also have certain repercussions, whether direct (disciplinary proceedings) or indirect (in terms, for example, of their image or the confidence placed in them by the public and their clients). The Court noted that Mr Morice’s punishment had not been confined to a criminal conviction: the sanction imposed on him had been of some significance, and his status as a lawyer had even been relied upon to justify greater severity. In view of the foregoing, the Court found that the judgment against Mr Morice could be regarded as a disproportionate interference with his right to freedom of expression and it thus held that there had been a violation of Article 10.” Disponível na p. 5, 4º/ 5º parágrafos, em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-5070264-6240387> (último acesso em 29/05/2019).

16 É o que dispõe no documento em: “Medios de Comunicación y Periodismo, *Deontología periodística*” (1º parágrafo): “(...) El periodismo puede ser practicado por múltiples actores, sin importar su estatus, o si son o no profesionales.” Disponível em: <https://rsf.org/es/el-espacio-global-de-la-comunicacion-y-la-informacion-un-bien-comun-de-la-humanidad> (último acesso em 11/05/2019).

promisso de adotar as medidas “de ordem legislativa ou outras capazes de dar efeito aos direitos reconhecidos no presente Pacto que ainda não estiverem em vigor”.

O compromisso dos Estados Partes não se restringe à obrigação de previsão legislativa, mas, também, promover a possibilidade de acesso ao recurso jurisdicional e que as autoridades façam cumprir os resultados de tais recursos reconhecidamente justificados (PIDCP, artigo 3º).

Vale mencionar sobre a Recomendação CM/ Rec (2014)6<sup>17</sup> de 16 de abril de 2014 do Comitê de Ministros aos Estados Membros sobre o guia dos direitos humanos para os utilizadores da internet. Este importante guia, além de trazer os direitos à liberdade de expressão e informação na internet, corrobora para instruir o usuário e estabelecer deveres aos Estados, concernentes aos meios recursais que não são necessariamente jurisdicionais, podendo ser através de “recursos efetivos” (item 5.3).

A Diretiva 2010/13/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Março de 2010 traz a “coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual (Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual)”. Tal Diretiva reconhece que cabem aos Estados-Membros velar pela “liberdade de circulação e de comércio das emissões televisivas” e pelo “pluralismo e liberdade de informação televisiva bem como a informação no seu conjunto”<sup>18</sup>.

## Não ingerência de autoridades públicas

A liberdade de imprensa é “**um direito por abstenção**”, que consiste na obrigação do Estado de não intervir em matéria de comunicação<sup>19</sup>. Deste modo, cumpre salientar o que traz o artigo 10.1, *in fine*, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH): “...**sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras...**”

Neste aspecto, autoridades públicas seriam quaisquer autoridades dos poderes legislativo, executivo e judicial. No que tange à noção de “ingerências” seriam “as sanções penais e disciplinares infringidas em virtude de uma determinada publicação ou da revelação de informações ou opiniões”; as sen-

17 Conselho da Europa, Comitê de Ministros, Recomendação sobre o guia dos Direitos Humanos para os utilizadores da internet, CM/REC (2014)6, 16 de abril de 2014. Disponível em <https://www.internetsegura.pt/sites/default/files/Guia%20Direitos%20dos%20utilizadores%20de%20internet.pdf> (último acesso em 13/09/2019).

18 Parlamento Europeu e do Conselho, Diretiva relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual (Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual), 10 de Março de 2010, N° 2010/13/EU. Referência ao item 8 e, quanto ao item 28: “O âmbito de aplicação da presente diretiva não deverá abranger as versões electrónicas de jornais e revistas”. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32010L0013> (último acesso em 26/05/2019).

19 Raquel Resende, *oh. cit.*, p. 110.



tenças judiciais indenizatórias em caso de difamação; a “ordem do juiz de restringir a publicação de certas informações ou de reembolsar os benefícios da publicação de informações confidenciais ou secretas, as apreensões e proibições de circulação de publicações; as proibições de publicar, manifestar sem autorização dos poderes públicos, as proibições de fazer entrevistas e de produzir programas ou de participar em emissões de rádio ou de televisão; as proibições de fazer publicidade comercial; as proibições do direito de exercer a profissão de jornalista ou de autor e as restrições de acesso às informações” e “a imposição a um jornalista da obrigação de divulgar suas fontes”<sup>20</sup>.

A difamação é criminalmente legislada em vários países, implicando até mesmo a imposição de prisão por sentença. No entanto, a ameaça de restrição da liberdade provoca um efeito dissuasivo no papel vital do jornalismo, chamado “chilling effect”, em que ameaça silenciar a sua função investigativa, levando a um impacto negativo dentro da sociedade. No caso da Europa, a Assembleia Parlamentar do Conselho adotou uma Resolução em 2007 intitulada “*Towards decriminalisation of defamation*”, no qual os Estados-Membros que ainda previam penas de prisão por difamação, mesmo que não fossem efetivamente impostas, foram instados a revogá-las sem demora<sup>21</sup>.

O TEDH tem salientado que a imposição de prisão por sentença por conta de ofensa nos meios de comunicação jornalísticos não é compatível com a liberdade de expressão garantida no artigo 10 da CEDH, só podendo ser aceita em circunstâncias excepcionais onde outro direito fundamental tem sido seriamente prejudicado, como, por exemplo, nos casos de discurso de ódio e incitamento à violência<sup>22</sup>.

A Recomendação CM/ Rec (2014)6 traz no tema sobre a *liberdade de expressão e de informação*, no item 2, que podem ser objeto de restrição “as expressões que incitem à discriminação, ao ódio ou à violência”, mas tais restrições devem ser “lícitas, cingir-se ao estritamente indispensável e ser executadas sob supervisão judicial”.

Conforme mencionado em decisão do Tribunal de Strasbourg, no caso *Delfi AS c. Estônia*, no caso de “discurso de ódio”, o tema abrange uma ampla gama de mensagens de ódio, que vão desde as ofensivas às observações e comentários cujo estereótipo é depreciativo, abusivos e negativos, intimidatórios, discursos inflamatórios que incitam a violência contra indivíduos e grupos específicos. E, ainda, reitera que apenas as formas mais notórias de discurso de ódio, ou seja, as que constituem incitação à discriminação, hostilidade e violência, são consideradas ilegais<sup>23</sup>.

20 *Ibidem*, p. 112

21 Päivi Hirvela, «Media professionals and penalties for defamation», in (eds.) Josep Casadevall (et al.), *Freedom of Expression, Essays in Honour of Nicolas Bratza*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers (WLP), 2012, pp. 149-161 (p. 154).

22 *Ibidem*.

23 *Delfi AS c. Estônia*, Queixa n.º 64569/09, Julgamento em 16 de junho de 2015. Disponível na nota de rodapé n.º 9, par.º 28, p. 70 em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155105> (último acesso em 20/09/2019).

No caso já mencionado *Handyside c. Reino Unido*, o Tribunal decidiu que a liberdade de expressão também deve ser aplicada às informações e ideias que ofendam, chocam ou perturbam. Desse modo, a mídia deve ser livre para se envolver em discussões controversas sem restrições. Contudo, em certos casos as restrições penais devem ser aceitas, quando houver o discurso de ódio, o incitamento à violência, a proteção de vítimas crianças e vítimas de crimes em geral<sup>24</sup>. Por outro lado, em casos de difamação que envolve a honra, observa-se que mesmo uma sanção civil que corresponda a uma multa relativamente pequena, como visto anteriormente no caso *Morice c. França*, teria um “chilling effect” no exercício da liberdade de expressão.

O Relatório de 16 de maio de 2011, (A / HRC / 17/27) do Conselho dos Direitos do Homem da Assembleia Geral das Nações Unidas, que trata da promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e de expressão, esclarece que, de acordo com o Relator Especial, o uso arbitrário do direito penal como sanção à legítima expressão, constitui uma das formas mais graves de restrição do direito, pois cria um “chilling effect” e leva a outras violações dos direitos humanos, tais como detenções arbitrárias, tortura e outras formas de tratamento ou punição cruel e degradante. Além disso, ressalta que o aprisionamento de indivíduos raramente pode ser justificado com fundamento no artigo 19, parágrafo 3º, do PIDCP e que a difamação deve ser descriminalizada. A proteção da segurança nacional e o combate ao terrorismo só podem ser utilizados para restringir a liberdade de expressão se o Governo puder demonstrar que: (a) a expressão destina-se a incitar à violência iminente; (b) é provável que incite tal violência; e (c) existe uma conexão direta e imediata entre a expressão e a probabilidade ou ocorrência de tal violência<sup>25</sup>.

Além do discurso de ódio, cuja restrição serve para proteger os direitos das comunidades afetadas, outros conteúdos devem ser restringidos que cabem ser mencionados devido a sua relevância, como a pornografia (para proteger os direitos das crianças), incitamento direto e público a cometer genocídio (para proteger os direitos dos outros) e a defesa do ódio nacional, racial ou religioso que constitui incitamento à discriminação, hostilidade ou violência (para proteger os direitos dos outros, como o direito à vida). Quanto aos conteúdos da internet, o relatório traça formas adequadas de restrição, utilizando-se de medidas técnicas para impedir o acesso, o que pode ser através de bloqueio, filtragem e proteção dos dados pessoais, que inibem a divulgação de opiniões e informações, e ainda, as garantias inadequadas do direito à privacidade. No entanto, o Relator Especial enfatiza que em caso de difamação, dada a capacidade de o indivíduo exercer o seu direito de resposta instantaneamente, compensando os danos causados a sua reputação, os tipos

24 Päivi Hirvelä, *ob. cit.*, p. 160.

25 Relatório A / HRC / 17/27, *Report of the special rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue*. Disponível nos itens 28 e 36 (Job number: G1113201) em: <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/home.xsp> (último acesso em 20/09/2019).

de sanções aplicadas à difamação off-line podem ser desnecessários ou desproporcionais<sup>26</sup>.

## Referências

BAPTISTA, Eduardo Correia. **Direito Internacional Público, Sujeitos e Responsabilidade**. vol. II, Lisboa, AAFDL, 2015.

BOBBIO, Norberto. **1909 - The future of democracy**. Translation of: Il futuro della democrazia, The University of Minnesota, Polity Press, 1987.

CAGGIANO, Monica Herman. «Transparência Elemento estruturante das democracias», trabalho produzido para a IV Giornate Internazionali su “Diritto alla verità, alla memoria, all oblio”, Itália, Cátedra UNESCO Diritti umani e violenza: governo e governanza, novembro de 2016, em Eduardo Vera-Cruz Pinto/ Marco António Marques da Silva/ Maria Cristina Cicco. **Direito à Verdade, à Memória, ao Esquecimento**. Lisboa, AAFDL, Fevereiro de 2018.

HAMMARBERG, Thomas. «Media freedom and human rights in Europe», in (eds.) Josep Casadevall (et. al.), **Freedom of Expression, Essays in Honour of Nicolas Bratza, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers (WLP)**, 2012, pp.43-59.

HIRVELÄ, Päivi. «Media professionals and penalties for defamation», in (eds.) Josep Casadevall (et. al.), **Freedom of Expression, Essays in Honour of Nicolas Bratza, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers (WLP)**, 2012, pp. 149-161.

MIRANDA, Jorge. **Divisão do Poder e Partidos Políticos**, Salvador, Revista Populus, Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, Escola Judiciária Eleitoral, n° 4, 2018.1.

MONCADA, Luiz S. Cabral de. **O Estado Pós-Moderno**, Lisboa, Quid Juris, Junho de 2018.

RESENDE, Raquel. «A liberdade de imprensa na Convenção Europeia dos Direitos do Homem», em Ana Maria Guerra Martins (org.), **Estudos de Direito Europeu e Internacional dos Direitos Humanos**, Coimbra, Almedina, Março de 2005, pp. 79-143.

SIMIONI, Ariane. «O direito à informação e os direitos da personalidade na sociedade informacional», em Luiz Gonzaga Silva Adolfo (org.). **Temas atuais de direito da sociedade da informação**, Salvador, EDUFBA, 2015, pp. 51-76.

VELU, Jacques/ERGEC, Rusen. **La Convention Européenne des Droits de l'Homme**, Extrait du Répertoire pratique du droit belge, Complément, tome VII, Bruxelles, Bruylant, 1990.

---

26 Relatório A / HRC / 17/27, itens 25 e 27.

# O PODER DA VERDADE SOB A PERSPECTIVA DE DESCARTES EM TEMPOS DE *FAKE NEWS*: OS IMPACTOS DAS NOTÍCIAS FALSAS NOS PROCESSOS ELEITORAIS NA ERA DA SOCIEDADE EM REDE

**Viviane de Moura Fragoso**

Especialista em Formação – Direito e Processo Constitucional – Universidade Federal do Tocantins / Bacharela em Direito – Centro Universitário de Brasília / Professora Orientadora – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais, vinculado ao Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento / Advogada regularmente inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Tocantins

## **Resumo:**

Há anos o *marketing* tem subsidiado as campanhas eleitorais. Com o advento da rede mundial de computadores e a utilização de inteligência artificial, esse processo foi aprimorado e mais pessoas têm sido alcançadas em menor tempo. Essa pesquisa se justifica ante aos últimos acontecimentos nacionais e internacionais que sugerem a ocorrência de processos eleitorais fraudulentos com apoio da *Internet* para influenciar a opinião dos eleitores forçosamente. O presente estudo problematiza a influência das mídias sociais nos processos eleitorais e apresenta como objetivo central relacionar o papel da *Internet* nas transformações sociais associadas à política brasileira no cenário eleitoral. Entre as hipóteses assinaladas estão: a) a influência ofensiva das *fake news* nos processos eleitorais; b) a possibilidade de ascensão de governos autoritários por meio do uso de inteligência artificial; e, por último a c) a probabilidade de desmonte institucional e risco à democracia e a própria soberania nacional.

**Palavras-chave:** *Fake News*; Eleições; Discurso do Ódio; Democracia; Autoritarismo.

## **Introdução**

Este artigo indica pontos de conexão entre as eleições na era digital e as redes sociais, problematizando a influência das mídias sociais nos processos eleitorais. O objetivo central desta pesquisa é relacionar o papel da *Internet* nas transformações sociais ocorridas nos últimos anos, sobretudo no que diz

respeito à política brasileira no cenário eleitoral. Entre as hipóteses assinaladas estão: **a)** a influência ofensiva das *fake news* nos processos eleitorais; **b)** a possibilidade de ascensão de governos autoritários por meio do uso de inteligência artificial; e, por último **c)** a probabilidade de desmonte institucional, risco à democracia e a própria soberania nacional.

A situação problema desta pesquisa ocorre diante a possibilidade de influência da Internet e das redes sociais na definição dos atuais pleitos eleitorais. A partir dessa problemática, analisar se as redes possuem a capacidade de construir atores políticos antes e durante as campanhas eleitorais, e, outrossim, se exerce influência sobre a decisão das pessoas. Ainda sobre o tema, a pesquisa se propôs a verificar se essa suposta influência poderia resultar em situações de risco à sociedade ou se trata de um processo de reconstrução do modo de vida em comunidade.

Essa pesquisa se justifica ante aos últimos acontecimentos nacionais e internacionais que sugerem a ocorrência de processos eleitorais fraudulentos com apoio da internet para influenciar a opinião dos eleitores forçosamente – seja em relação ao uso de dados sem consentimento, seja pela criação de perfis *fakes* em redes sociais ou ainda por manobras midiáticas em favor deste ou daquele candidato – avalia-se que a realização desta pesquisa se tornou indispensável. Discutir, em âmbito acadêmico, com apoio científico e metodológico esta grave situação social e que pode implicar em prejuízos incalculáveis a toda população mundial denota trazer à luz questões essenciais para manutenção do Estado Democrático de Direito, sobremaneira, para prevalência do princípio da liberdade do povo.

Trata-se de pesquisa exploratória realizada por meio de levantamento bibliográfico e estatístico, além de consulta a registros de notícias em meios de comunicação diversos e também a construção de hipóteses relacionadas a intuição do pesquisador.<sup>1</sup> Outrossim, a realização desta pesquisa se justifica, também, para alvitrar soluções quanto ao aprimoramento do processo eleitoral mediante a utilização ética da Internet.

Os resultados parciais desse estudo indicam que as novas plataformas de comunicação, permitem estudar com exatidão o perfil dos eleitores e a partir das informações coletadas criar um perfil de candidato que atenda ao clamor de uma maioria votante que somados ao discurso do ódio ganharam força e espaço político no Brasil e no mundo. Outro resultado está associado aos danos irreparáveis que esse processo pode ocasionar na moderna democracia brasileira e na proteção e manutenção dos Direitos Humanos.

A seguir, o advento da sociedade em rede, o papel das mídias sociais nas novas formas de eleição, analisando como as notícias falsas podem impactar a República e o Estado Democrático de Direito.

---

1 GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 27.

## Os Impactos das Notícias Falsas na Era da Sociedade em Rede

A sociedade está conectada praticamente 24 horas por dia: se relaciona, estuda, compra, trabalha quase que tudo ao mesmo tempo. Por meio da *Internet* tem remodelado os costumes, a cultura e até mesmo o Direito, transformando a história ao longo do tempo e do espaço. Na política essa realidade não seria diferente, mas, muitos ainda insistem em tratá-la como se fosse algo futurístico, como se ainda estivesse por acontecer.<sup>2</sup> A *Internet* e as novas tecnologias da informação e comunicação assumiram o controle do que em um passado próximo – até a década de 40, do século XX – eram de outras formas de poder, como o rádio, o cinema, a imprensa e própria televisão, onde exerciam sobre o indivíduo enquanto consumidor ou eleitor uma forte influência ou mesmo a capacidade de transformar opiniões.<sup>3</sup>

Há uma corrente, a da Escola de Frankfurt, Alemanha. Composta por filósofos como Erich Fromm, Herbert Marcuse, Theodoro Adorno, Max Horkheimer e Walter Benjamin, considerada negativista dos meios de comunicação de massa e alertam quanto ao seu uso. Aduzem que esse atual meio de comunicação impede a formação do indivíduo enquanto sujeito autônomo, tornando-o facilmente manipulado.<sup>4</sup> Por outro lado, considera-se de suma importância esse espaço para a democracia, tendo em vista os recursos disponíveis e em razão disso a possibilidade de ampliar o debate político, considerando a real condição dessas discussões alcançarem a grande parcela da população e também as minorias.<sup>5</sup> Nesse enfoque mais liberal, defende-se que a comunicação de massa pode de fato contribuir com o desenvolvimento da democracia e de uma sociedade pluralista, em que se respeitam as diferenças e as antinomias, características naturais desse regime de governo.<sup>6</sup>

As eleições em rede ocorrerem nos Estados Unidos desde 1992, mas elas só ganham notoriedade com o advento da vitoriosa campanha do ex-presidente Barack Obama, em 2009.<sup>7</sup> Donald Trump, presidente dos Estados Unidos, também utilizou-se das redes para fazer sua campanha, no entanto causou grande alvoroço mundial ao utilizar de dados de usuários do *Facebook*

---

2 CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. A sociedade em rede: do conhecimento à ação política. 1012466 ed. Brasil: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 2006. ISBN 972-27-1453-8. p. 18. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a\\_sociedade\\_em\\_rede\\_-\\_do\\_conhecimento\\_a\\_acao\\_politica.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2018.

3 BRETON, Philippe; PROULX, Serge. Sociologia da comunicação. Tradução Ana Paula Castellani. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

4 FERRIGOLO, Noemi Mender Siqueira. Liberdade de expressão - direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação. São Paulo: Pillares, 2005. p. 68.

5 OLIVEIRA, Fábio Cesar. Democracia e Internet: a revolução digital e os desafios à representação política. Revista de Informação Legislativa, ano 50, n. 199, jul./set.2013. p. 152.

6 FERRIGOLO, Noemi Mender Siqueira. Liberdade de expressão - direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação. São Paulo: Pillares, 2005. p. 69 e 96.

7 GRAEFF, Antonio. Eleições 2.0: a internet e as mídias sociais no processo eleitoral. Rio de Janeiro: Publifolha, 2009 (Série 21). p. 5.

para sua campanha sem a devida autorização pelos mesmos.<sup>8</sup>

O termo *Fake News*, embora seja um expressão contemporânea não se trata de uma atividade nova ou desconhecida.<sup>9</sup> Com essa nova roupagem as notícias falsas se tornaram grandes ameaças à sociedade da informação, visto que com advento da *Internet* e das redes sociais essa possibilidade se tornou uma atividade de risco, tendo em vista a capacidade de difusão desses conteúdos em larga escala em um menor período de tempo.<sup>10</sup> Dificultando a possibilidade do contraditório, ainda que ofendido possua direito de resposta.

Descartes retrata a importância da construção de uma verdade para além das opiniões e paixões humanas e o papel relevante do uso da razão na construção do pensamento. Para o autor, alcançar o conhecimento do indivíduo estava atrelado em não aceitar jamais alguma coisa como verdadeira sem de fato conhecer como tal, isto é, todas as dúvidas deveriam ser exauridas antes de ser considerada como verdade. Para isso, o indivíduo deveria buscar o próprio entendimento antes de se precipitar sobre um determinado assunto até que fosse possível compreender de maneira clara e distinta.<sup>11</sup>

As notícias falsas são, atualmente, conhecidas como publicações difundidas pela *Internet*, com títulos sensacionalista e conteúdos que reforçam esse aspecto. No contexto político, possuem muitas vezes um caráter político-partidário, cujo objetivo seja a de prejudicar a imagem do candidato e consequentemente influenciar o eleitor. São ainda poderosas ferramentas na obtenção de lucro, isso ocorre porque quanto maior o número de acessos alcançados, maior será também a sua rentabilidade.<sup>12</sup>

Avalia-se que a difusão de conteúdos falsos no meio político ocorre muitas vezes para embasar posicionamento de determinado candidato ou partido ou ainda atacar ou contra-atacar adversário político, evidenciando uma luta disfarçada no tatame da rede mundial de computadores.<sup>13</sup> A sociedade, por sua vez, tem direito ao livre acesso à informação e a disposição de um conteúdo fidedigno. O ministro-relator, Ayres Britto, durante o julgamento da liminar da ADI 4451, aduz que “a eleição é período em que a liberdade de imprensa deve ser maior. É o momento que o cidadão mais precisa de informação, e informação de qualidade”.<sup>14</sup>

8 FOLHA DE S.PAULO. **Empresa que ajudou Trump roubou dados de 50 milhões de usuários do Facebook**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/03/empresa-que-ajudou-trump-roubou-dados-de-50-milhoes-de-usuarios-do-facebook.shtml/>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

9 ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016 Election. **Journal of Economic Perspectives**, v. 31, n. 2, Spring 2017. p. 214.

10 BORGES, Uianã C. C.; SANTOS JUNIOR, Ronaldo R. dos; COSTA, Hamilcar P. Democracia e informação na era da internet. **Revista Eletrônica de Educação da Faculdade Araguaia**, v. 3, n. 3, out. 2012. p. 144.

11 DESCARTES, René. Discurso do Método. Porto Alegre: L&PM, 2012. p. 54

12 ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016 Election. **Journal of Economic Perspectives**, v. 31, n. 2, Spring 2017. p. 214-217.

13 ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016 Election. **Journal of Economic Perspectives**, v. 31, n. 2, Spring 2017. p. 211-236.

14 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro Ayres Britto deci-**

Nesse caso, infere-se que induzir o cidadão, neste caso o eleitor à escolha de um determinado candidato feriria a legitimidade do eleito, bem como o seu próprio mandato. Ademais, fere um dos principais fundamentos norteadores da República, a liberdade<sup>15</sup> quando não lhe é assegurado o direito à eleições livres. Essa atividade apesar de parecer inofensiva, representa um risco a democracia e a própria sociedade. Quando se tem um pleito eleitoral baseado em notícias falsas, o governo oriundo dessa campanha tende a ser constituído de mentiras e de falta de compromisso.<sup>16</sup>

Maria Antonieta, arquiduquesa austríaca, casada com Luís XVI, teria sido uma das vítimas dessa modalidade, ainda na Revolução Francesa. A rainha foi fortemente atacada e acusada, acabando na guilhotina.<sup>17</sup> A senadora e candidata à Presidência da República nos Estados Unidos, em 2016, Hillary Clinton, foi acusada de fazer parte de uma rede de prostituição e tráfico infantil, sendo diversas vezes atacada durante a campanha pelo seu opositor por meio de acusações e conteúdos falsos que levaram à ruína a sua candidatura à presidência norte-americana.<sup>18</sup> No Brasil, a candidata a vice-presidência, Manuela D'Ávila também foi vítima das notícias fraudulentas.<sup>19</sup> Sendo novamente atacada na eleição municipal de 2020, enquanto candidata à prefeitura de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul. Após judicializar, ela conseguiu na justiça a retirada de 91 *links* contendo notícias falsas, prejudicando mais uma vez a sua candidatura.<sup>20</sup>

Cerca de 36% dos brasileiros consideram a rede social como fonte de informação primária para tomada de decisão do voto do eleitor<sup>21</sup>, o que tor-

---

**de liminar em ADI que questiona dispositivos da Lei Eleitoral.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=159758>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

- 15 FERRIGOLO, Noemi Mender Siqueira. **Liberdade de expressão - direito na sociedade da informação:** mídia, globalização e regulação. São Paulo: Pillares, 2005. p. 72.
- 16 SANTANA, Jonas. **“Fake News” são desafio para a democracia hoje, diz Jean-Yves Mollier.** Disponível em: <<https://jornal.usp.br/cultura/fake-news-sao-desafio-para-a-democracia-hoje-diz-jean-yves-mollier/>>. Acesso em: 4 jun. 2018.
- 17 HISTORY. **Se não têm pão, que comam brioches: a frase que Maria Antonieta nunca disse.** Disponível em: <<https://history.uol.com.br/microsites/a-verdade-da-mentira/noticias/-se-nao-tem-pao--que-comam-brioches---a-frase-que-maria-antonieta-nunca-disse/>>. Acesso em: 22 set. 2020.
- 18 PREVIDELLI, FABIO. **Pizzagate: o escândalo de Fake News que abalou a campanha de Hillary.** Disponível em: <<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/pizzagate-mentira-que-influenciou-ultima-eleicao-presidencial-dos-eua-e-quase-terminou-em-tragedia.phtml/>>. Acesso em: 14 set. 2020.
- 19 UOL. **Pela 3ª vez, Manuela D'Ávila perde, em campanha minada por fake news.** Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/eleicoes/2020/11/29/manuela-davila-perde-em-porto-alegre-para-adversario-dito-de-direita.htm/>>. Acesso em: 30 nov. 2020
- 20 UOL. **Justiça ordena a exclusão de 91 links com mentiras sobre Manuela D'Ávila.** Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/eleicoes/2020/11/10/justica-redes-sociais-no-vente-links-fake-news-manuela-davila.htm/>>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- 21 IBOPE INTELIGENCIA. **Meios online ganham força como fonte de informação para tomada de decisão de voto do eleitor.** Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/meios-online-ganham-forca-como-fonte-de-informacao-para-tomada-de-decisao-de-voto-do-eleitor/>>. Acesso em: 13 jun. 2018.



naria as *Fake News* uma ferramenta favorável à manipulação de massas e a possibilidade de influenciar diretamente o eleitor durante os pleitos eleitorais.<sup>22</sup> Segundo o Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação (Gpopai) da Universidade de São Paulo (USP), 12 milhões de pessoas divulgam conteúdos falsos sobre política na Internet no Brasil. Na pesquisa, utilizou-se como análise uma média de 200 seguidores por usuário, a conclusão é que o alcance pode chegar a praticamente toda a população brasileira, tamanha a sua capacidade de proliferação.<sup>23</sup>

Um ditado brasileiro diz que “notícia ruim chega mais rápido”, essa é a conclusão de um importante estudo realizado pelo Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT), em que considera que a possibilidade de uma notícia falsa ser publicada na Internet é de 70% maior que uma notícia verdadeira. O estudo conclui ainda que os maiores responsáveis não são os robôs ou os algoritmos, mas as pessoas que se vendo atraídas pelo conteúdo falso, o disseminam.<sup>24</sup>

De acordo com a PNAD/Contínua, o celular ainda é considerado o principal meio de acesso à Internet no Brasil, utilizado por 99,2% dos internautas<sup>25</sup>, o WhatsApp por sua vez, por meio dos grupos de família, é considerado o principal meio de propagação de *Fake News* no país.<sup>26</sup> Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>27</sup>, o número de pessoas sem acesso à Internet, porém, corresponde a quase metade da população do Globo, cerca de 3,7 bilhões.

No Brasil, por sua vez, a realidade é um pouco melhor, mas ainda muito distante do esperado. Em um levantamento realizado em 2018, pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua (PNAD/Contínua)<sup>28</sup> demons-

22 ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016 Election. **Journal of Economic Perspectives**, v. 31, n. 2, Spring 2017. p. 211-236.

23 MARTINS, Alexandre. **Na web, 12 milhões difundem Fake News políticas**. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,na-web-12-milhoes-difundem-fake-news-politicas,70002004235>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

24 VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb; ARAL, Sinan. **The spread of true and false news online**. Disponível em: <<http://ide.mit.edu/sites/default/files/publications/2017%20IDE%20Research%20Brief%20False%20News.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

25 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Agência de Notícias. Estatísticas Sociais. PNAD Contínua TIC 2018: Internet chega a 79,1% dos domicílios do país. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/27515-pnad-continua-tic-2018-internet-chega-a-79-1-dos-domicilios-do-pais/>>. Acesso em: 22 set. 2020.

26 GRAGNANI, Juliana. **Pesquisa inédita grupos de família como principal vetor de notícias falsas no WhatsApp**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/pesquisa-inedita-identifica-grupos-de-familia-como-principal-vetor-de-noticias-falsas-no-whatsapp.shtml>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

27 ONUBR. Nações Unidas no Brasil. **UIT: 3,7 bilhões de pessoas ainda não têm acesso à Internet no mundo**. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/uit-37-bilhoes-de-pessoas-ainda-nao-tem-acesso-a-internet-no-mundo/>>. Acesso em: 23 maio 2018.

28 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Agência de Notícias. Estatísticas Sociais. PNAD Contínua TIC 2018: Internet chega a 79,1% dos domicílios do país. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/27515-pnad-continua-tic-2018-internet-chega-a->

tra que os brasileiros com acesso à rede mundial de computadores somam 79,1% da população do país, cerca de 167 milhões de brasileiros. No entanto, outros 44 milhões ainda não tem acesso à internet. Mas, ainda que toda a população obtivesse a universalidade do acesso à Internet, ainda assim não representaria a democratização digital, tampouco a socialização dos benefícios econômicos e sociais proporcionados pelo avanço das novas tecnologias, embora seja de fundamental importância tendo em vista o direito à informação e a construção do pleno desenvolvimento social.<sup>29</sup>

A disseminação de notícias falsas durante o processo eleitoral, sobretudo na reta final da campanha de 2018, no Brasil, pode ter possibilitado uma fraude eleitoral, ferindo o direito à eleições livres e culminando na eleição do atual governo. Chancelando a ascensão ao poder de candidato com discurso de características populistas, disfarçadas de apelo democrático, eleito pelas vias democráticas. O que indica pontos semelhantes entre os rompimentos dos regimes democráticos ao longo dos anos, na Europa e na América Latina com os dias atuais, ainda que, atualmente, ocorram por meio de novos mecanismos de persuasão para a tomada do poder forçosamente<sup>30</sup>.

Atualmente, as democracias ainda morrem, porém diferentemente do passado, elas raramente ocorrerão de forma violenta, agora o golpe é mais sutil, mas tão danoso quanto os modelos tradicionais e com eleições aparentemente regulares, “não há tanques nas ruas. Constituições e outras instituições nominalmente democráticas restam vigentes. As pessoas ainda votam. Autocratas eleitos mantêm um verniz de democracia enquanto corroem a sua essência”.<sup>31</sup>

Assim, tendo em vista a força e a influência que podem exercer sobre os pleitos eleitorais, e de como podem afetar o modo de vida em comunidade é que se voltam as atenções com intuito de reduzir os danos causados pela disseminação das *Fake News*. Em março de 2019, foi instaurado, o polêmico inquérito de nº4.781, no Supremo Tribunal Federal que visa investigar a propagação de notícias fraudulentas, a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais. No texto da decisão, ficou evidenciado que as postagens ocorriam de maneira reiteradas, quase que diariamente, em que os disseminadores dessas informações visavam atingir a Corte, com intuito de minar a credibilidade do STF e desestabilizar a ordem Constitucional.<sup>32</sup>

79-1-dos-domicilios-do-pais/>. Acesso em: 22 set. 2020.

29 CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A sociedade em rede: do conhecimento à acção política**. 1012466 ed. Brasil: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 2006. ISBN 972-27-1453-8. p. 18. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a\\_sociedade\\_em\\_rede\\_-\\_do\\_conhecimento\\_a\\_acao\\_politica.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2018.

30 LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. *Como as Democracias Morrem*. 1ªed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

31 LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. *Como as Democracias Morrem*. 1ªed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. Pg.17.

32 BRASIL. **INQUÉRITO 4.781 DISTRITO FEDERAL**, de 14 de março de 2019. Dis-

Há fortes indícios de que se tratava de uma associação criminosa que posteriormente ficaria conhecida como “gabinete do ódio”. E que as ações ganhavam força com a ajuda de robôs, financiados por um grupo de pessoas que atuavam de forma velada, o que traria à tona uma outra problemática, uma afronta a vedação do financiamento privado de campanha, proibida no Brasil desde a minirreforma eleitoral de 2015.<sup>33</sup>

Desse modo, evidente são os riscos que as eleições em rede podem ocasionar quando munidas de discurso do ódio, somado a disseminação das notícias falsas. O inquérito traz à tona a discussão sobre o discurso do ódio. Nesse ponto, a filósofa Hannah Arendt, constrói importantes reflexões por meio da ideia da responsabilidade individual e o seu célebre e atual questionamento sobre banalidade do mal, a partir das considerações que teceu a respeito do julgamento de Adolf Eichmann.

Na época, o então réu não se considerava um assassino ou sequer responsável pelo extermínio de milhares de pessoas durante o holocausto, por entender que estava apenas cumprindo ordens de seus superiores e da própria lei.<sup>34</sup> Eichmann não tinha um perfil assassino, tampouco nutria ódio pelos judeus, era um homem comum, um mero cumpridor de obrigações, mas que em nome da ordem estabelecida ou das obrigações que lhe foi incumbida enviou para a câmara de gás milhares de pessoas, sem ao menos questionar a situação. Havia nele um obediência cega.<sup>35</sup>

Essa problemática quando encarada no contexto político evidencia traços semelhantes entre os dias atuais e aqueles vividos na década de 30 e 40, do século XX, durante o governo nazista. Essa leitura é possível, a partir da análise da ascensão de governos autoritários ao poder por meio do apoio popular, pautado pelo discursos do ódio, disfarçados de anseios nacionalistas, de combate a corrupção ou ainda em nome de um rápido crescimento econômico da nação. Outros pontos em comum, se destacam: feitos em nome da moral, da ordem e dos bons costumes. Visam atacar adversários políticos, aliando-os ao comunismo ou qualquer outro elemento que sirva como forma de reprovação social<sup>36</sup>. Ocorre que a partir da tomada do poder ganham um outro contexto e podem tornar-se altamente lesivos à sociedade.

Afim de proteger o processo eleitoral, tramita, no Congresso Nacional, o *Projeto de Lei N° 2.630/2020* que visa instituir a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. A proposta já foi aprovada no

---

ponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado-27maio.pdf>> Acesso em: 10 out. 2020.

33 BRASIL. **INQUÉRITO 4.781 DISTRITO FEDERAL**, de 14 de março de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado-27maio.pdf>> Acesso em: 10 out. 2020. Pg.4.

34 Arendt, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. Um relato sobre a banalidade do mal. Tradução: José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 152-162

35 Arendt, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. Um relato sobre a banalidade do mal. Tradução: José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 160-299

36 LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. Como as Democracias Morrem. 1ªed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. P.157

Senado Federal e pretende criminalizar essas ações. O projeto estabelece regras para o uso, operação de redes sociais e serviços de mensagem privada na Internet, tendo como principal objetivo combater a disseminação das *fake news*”.<sup>37</sup>

Alvo de polêmica, o projeto é encarado por algumas pessoas como uma importante medida no controle da propagação das notícias falsas, bem como no financiamento indevido dessas ações, por outros, é visto como forte possibilidade de censura.<sup>38</sup> Nesse sentido, sob a luz do entendimento de Locke e Spencer, citado por Bobbio, “o Estado tem o direito de limitar a liberdade de alguém apenas quando se fizer necessário proteger os direitos fundamentais de outro”.<sup>39</sup>

Um outro resultado da pesquisa indica que as novas plataformas de comunicação, permitem estudar com exatidão o perfil dos eleitores e a partir das informações coletadas criar um perfil de candidato que atenda ao clamor de uma maioria votante. Com relação a campanha norte-americana de 2016, por exemplo, foram analisadas as informações do *site* da Cambridge Analytics.

A empresa identificava os eleitores mais persuasivos e as questões que importavam a eles, transformando em estratégias de campanha e influenciando-os de acordo com suas próprias preferências. Até abril de 2018, antes da Cambridge Analytica encerrar suas atividades, divulgavam no *site* para os possíveis interessados o mesmo êxito da campanha de Donald Trump, destaca-se:

[...] **Toda vez que entrevistamos um indivíduo, combinamos suas informações com os dados existentes em nosso banco de dados. Analisamos tudo, desde o histórico de votação até o carro que dirigem, identificamos comportamentos correlacionados às decisões de voto.** Esses modelos nos permitiram prever a maneira pela qual os indivíduos votariam – mesmo que não soubéssemos sobre suas crenças políticas. **Usando esses *insights*, podemos colocar os eleitores em diferentes categorias e determinar a melhor maneira de influenciá-los através do marketing.** [...] Crucialmente, poderíamos também identificar quais os eleitores provavelmente apoiariam Donald Trump.<sup>40</sup>

Essa prática de microsegmentar o comportamento humano na seara

37 BRASIL. **Projeto de Lei** n° 2630, de 2020. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>>. Acesso em: 10 out. 2020

38 AGENCIA SENADO. **Projeto contra fake news será votado sem regras para censura de conteúdo.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/06/01/projeto-contra-fake-news-sera-votado-sem-regras-para-censura-de-conteudo/>. Acesso em: 15 out. 2020

39 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** Trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. v. 1. p. 711.

40 ANALYTICA, Cambridge. **CA Political.** Disponível em: <<https://ca-political.com/casestudies/casestudy-donaldjtrumpforpresident2016>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

eleitoral, apesar de lesiva, ainda é uma prática legal. Porém, a utilização desses elementos nos processos eleitorais podem acarretar em danos irreparáveis na proteção e manutenção dos Direitos Humanos pelo mundo. Na sociedade da informação os eventos ocorrem com rapidez, e muitas vezes o Direito não consegue acompanhar, impossibilitando ou dificultando a reparação em tempo hábil em uma campanha eleitoral, violando uma garantia constitucional à eleições livres, prejudicando ainda a paridade de armas entre partidos e candidatos, colocando em risco a democracia e a consolidação do Estado Democrático de Direito. E, que para superá-las, necessário se faz, uma mudança a partir das estruturas sociais profundas em um país.<sup>41</sup>

## Considerações Finais

Se por um lado as eleições em rede podem funcionar como uma espécie de ágora moderna, por outro, podem ser perigosas ferramentas de persuasão, capazes de induzir forçosamente o gosto e as preferências do eleitor por meio da construção de candidatos ideais, desenvolvendo a imagem e o trabalho de uma determinada pessoa que não condiz com suas reais intenções e personalidade, uma espécie de ator político que fomentadas pelas técnicas do *marketing* político digital e que combinadas com a disseminação de *Fake News* podem se tornar verdadeiras armas contra a democracia. O que seria um verdadeiro contrassenso, ver o direito à liberdade, arduamente conquistado, atuando pelo seu próprio fim.

No presente trabalho, valeu-se de alguns dos entendimentos de Manuel Castells quanto à sociedade da informação e o colapso global do modelo representativo. Fazendo um paralelo com as últimas eleições norte-americanas, em 2016, e a brasileira em 2018, tendo em vista a ascensão de governos autoritários ao poder sob um suposto discurso pautado pela promessa de rápido crescimento econômico e pelo fim da corrupção, ambos fortalecidos pelo discurso do ódio e das *fake news*. Para tanto, valeu-se das ideias de René Descartes, no livro o Discurso do Método, em que o autor retrata a importância da construção de uma verdade para além das opiniões e paixões humanas e o papel relevante do uso da razão na construção do pensamento, somando as discussões de Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, sobre os semelhantes rompimentos dos regimes democráticos ao longo dos anos, na Europa e na América Latina com os dias atuais, alertando sobre os novos mecanismos de persuasão para a tomada do poder forçosamente.

Utilizou-se ainda o entendimento da filósofa Hannah Arendt quanto o seu célebre e atual questionamento sobre banalidade do mal, no julgamento de Adolf Eichmann, num comparativo com a atualidade, alertando sobre os

41 CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. A sociedade em rede: do conhecimento à ação política. 1012466 ed. Brasil: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 2006. ISBN 972-27-1453-8. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a\\_sociedade\\_em\\_rede\\_-\\_do\\_conhecimento\\_a\\_acao\\_politica.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2020. p.12

riscos que os burocratas podem ocasionar a partir da tomada do poder.

A partir disso, pode-se compreender que o Direito apesar do esforço, não tem conseguido acompanhar a velocidade das transformações em rede. E, ainda não demonstra capacidade plena em evitar algumas violações ou excessos no âmbito digital. Essas situações muitas vezes ocorrem em prejuízo à liberdade de informação e à eleições livres, garantias duramente conquistadas e respeitadas mantidas pela república brasileira.

Desse modo, entende-se que os processos transitórios tentem a ser turbulentos, mas caminhar rumo a evolução é dever coletivo. E, se por um lado o direito precisa adequar-se ao tempo e espaço em que está inserido, por outro necessário se faz, sermos cidadãos mais éticos e responsáveis com o meio à nossa volta.

Enfim, grandes desafios estão constituídos: manter a moderna democracia brasileira, garantir a continuidade das investigações, preservar o Estado de Democrático de Direito em meio a ataques às instituições e aos Direitos Humanos em plena pandemia da COVID-19.

## Referências

AGÊNCIA SENADO. **Projeto contra fake news será votado sem regras para censura de conteúdo.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/06/01/projeto-contrafake-news-sera-votado-sem-regras-para-censura-de-conteudo/>. Acesso em: 15 out. 2020

ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016 Election. **Journal of Economic Perspectives**, v. 31, n. 2, Spring 2017. p. 211-236

ANALYTICA, Cambridge. **CA Political.** Disponível em: <https://ca-political.com/casestudies/casestudydonaldjtrumpforpresident2016>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém.** Um relato sobre a banalidade do mal. Tradução: José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 162

BORGES, Uianã C. C.; SANTOS JUNIOR, Ronaldo R. dos; COSTA, Hamilcar P. Democracia e informação na era da internet. **Revista Eletrônica de Educação da Faculdade Araguaia**, v. 3, n. 3, out. 2012. p. 141/144.

BRASIL. **Inquérito 4.781 distrito federal**, de 14 de março de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf>> Acesso em: 10 out. 2020. Pg.4.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2630**, de 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>>. Acesso em: 10 out. 2020

BRETON, Philippe; PROULX, Serge. **Sociologia da comunicação.** Tradução Ana Paula Castellani. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A sociedade em rede: do conhecimento à ação política.** 1012466 ed. Brasil: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 2006. ISBN 972-27-1453-8. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a\\_sociedade\\_em\\_rede\\_-\\_do\\_conhecimento\\_a\\_acao\\_politica.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2020. p.12

DESCARTES, René. Discurso do Método. Porto Alegre: L&PM, 2012.

FERRIGOLO, Noemi Mender Siqueira. **Liberdade de expressão - direito na sociedade da informação:** mídia, globalização e regulação. São Paulo: Pillares, 2005. p. 68/72.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 27.

GRAEFF, Antonio. **Eleições 2.0:** a internet e as mídias sociais no processo eleitoral. Rio de Janeiro: Publifolha, 2009 (Série 21). p. 5.

GRAGNANI, Juliana. **Pesquisa inédita grupos de família como principal vetor de notícias falsas no WhatsApp.** Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/pesquisa-inedita-identifica-grupos-de-familia-como-principal-vetor-de-noticias-falsas-no-whatsapp.shtml>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

IBOPE INTELIGENCIA. **Meios online ganham força como fonte de informação para tomada de decisão de voto do eleitor.** Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/meios-online-ganham-forca-como-fonte-de-informacao-para-tomada-de-decisao-de-voto-do-eleitor/>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Agência de Notícias. Estatísticas Sociais. PNAD Contínua TIC 2018: Internet chega a 79,1% dos domicílios do país Disponível em: < <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/27515-pnad-continua-tic-2018-internet-chega-a-79-1-dos-domicilios-do-pais/>>. Acesso em: 22 set. 2020.

LANZILLO, Rafaella. **Le Comunicazioni di Massa.** Torino: Giappichelli Editore, 1990. p. 06.

LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. Como as Democracias Morrem. 1ªed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. Pg.17.

LINS, Bernardo Felipe Estellita. A evolução da internet: uma perspectiva histórica. **Caderno ASLEGIS**, Brasília, DF, n. 48, jan./abr. 2013. p. 21.

MARTINS, Alexandre. **Na web, 12 milhões difundem Fake News políticas.** Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,na-web-12-milhoes-difundem-fake-news-politicas,70002004235>>.\_Acesso em: 13 jun. 2018.

MOURA, Rafael Moraes. **TSE determina remoção de vídeos de Bolsonaro sobre “kit gay” no Facebook.** Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/agencia-estado/2018/10/16/tse-determina-remocao-de-videos-de-bolsonaro-sobre-kit-gay-no-facebook.htm/>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

OLIVEIRA, Fábio Cesar. **Democracia e Internet:** a revolução digital e os desafios à representação política. **Revista de Informação Legislativa**, ano 50, n. 199, jul./

set.2013. p. 152.

ONUBR. Nações Unidas no Brasil. **UIT**: 3,7 bilhões de pessoas ainda não têm acesso à Internet no mundo. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/uit-37-bilhoes-de-pessoas-ainda-nao-tem-acesso-a-internet-no-mundo/>>. Acesso em: 23 maio 2018.

PREVIDELLI, FABIO. **Pizzagate: o escândalo de Fake News que abalou a campanha de Hillary**. Disponível em: <<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/pizzagate-mentira-que-influenciou-ultima-eleicao-presidencial-dos-eua-e-quase-terminou-em-tragedia.phtml/>>. Acesso em: 14 set. 2020.

SANTANA, Jonas. **“Fake News” são desafio para a democracia hoje, diz Jean-Yves Mollier**. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/cultura/fake-news-sao-desafio-para-a-democracia-hoje-diz-jean-yves-mollier/>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro Ayres Britto decide liminar em ADI que questiona dispositivos da Lei Eleitoral**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=159758>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb; ARAL, Sinan. **The spread of true and false news online**. Disponível em: <<http://ide.mit.edu/sites/default/files/publications/2017%20IDE%20Research%20Brief%20False%20News.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.



# É ISTO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO? AS *FAKE NEWS* E O DISCURSO DE ÓDIO NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE DA CPMI DO CONGRESSO NACIONAL

**Yana Paula Both Voos**

Universidade do Oeste de Santa Catarina

Mestranda em Direitos Fundamentais Cíveis pela Universidade do Oeste de Santa Catarina e Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Centro Universitário Internacional

**Riva Sobrado de Freitas**

Universidade do Oeste de Santa Catarina

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Pós Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra

## **Resumo:**

A presente pesquisa se desenvolve a partir da análise de como as notícias fraudulentas podem promover a desinformação e violar direitos fundamentais, a partir do estudo de caso sobre a CPMI das *Fake News* instaurada pelo Congresso Nacional brasileiro, demonstrando seus impactos e objetivando encontrar meios reputados adequados para enfrentar esse fenômeno, sem descuidar da proteção à liberdade de expressão. A metodologia utilizada é a descritiva explicativa qualitativa crítica, através do exame bibliográfico e documental, de forma dedutiva, em fontes primárias e em fontes secundárias. Com o desenvolvimento da pesquisa, restará demonstrado que, a propagação e a disseminação de notícias fraudulentas e o discurso de ódio se acentuou, o que tem por consequência a possibilidade de lesionar direitos fundamentais e fomentar uma possível ilegitimidade do sistema democrático brasileiro, devendo a CPMI avançar nas suas investigações, a fim de reprimir a prática e punir os autores.

**Palavras-chave:** Democracia; Discurso do Ódio; *Fake News*; Liberdade de Expressão; Pós-verdade.

## Introdução

A presente pesquisa desenvolve-se a partir da análise da liberdade de expressão no Brasil e de como as *fake news* podem promover e disseminar o discurso do ódio e a desinformação, comprometendo a democracia. Para tanto, faz-se o estudo da CPMI das *Fake News* instaurada pelo Congresso Nacional brasileiro, o qual visa apurar e investigar os ataques cibernéticos que atentam contra a democracia e o debate público, a utilização de perfis falsos para influenciar os resultados das eleições de 2018, a prática de *cyberbullying* e o aliciamento e orientação para o cometimento de crimes de ódio e suicídio.

Esta pesquisa encontra justificativa nas atuais circunstâncias globais, eis que, o mundo, ao entrar na era da pós-verdade, passou a enfrentar o fenômeno da desinformação e da propagação de notícias falsas, o que pode disseminar e incitar o discurso do ódio através das mais variadas formas de intolerância, principalmente através do *cyberespaço*, onde foi se desenvolvendo um ambiente hostil. Esta situação desafia atores públicos e privados, vez que coloca em risco a democracia e os direitos humanos fundamentais. Exemplo disso é o caso das eleições norte-americanas, do Brexit na Grã Bretanha e também o caso brasileiro desdobrado na CPMI da *Fake News*, o qual será posto em análise na presente pesquisa.

A metodologia adotada será descritiva explicativa qualitativa crítica, através do exame bibliográfico e documental, de forma dedutiva, uma vez que partirá da perspectiva jurídica brasileira e estrangeira para aplicação no caso concreto da CPMI instaurada no Brasil, a fim de que seja reconhecida a relação existente entre a liberdade de expressão, as *fake news* e o discurso do ódio. O estudo será feito em fontes primárias, a partir da Constituição, casos concretos e documentos oficiais e em fontes secundárias, através a análise bibliográfica, jornalística e científica. Num primeiro momento faz-se o exame do direito fundamental à liberdade de expressão, sua conceituação e suas implicações, para posteriormente analisar e delimitar as *fake news* e o discurso do ódio, adentrando no caso concreto da CPMI, a partir do marco temporal da era da pós-verdade.

## A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental

A liberdade de expressão é pressuposto fundamental, seja na perspectiva individual como um direito fundamental individual, seja como na seara coletiva, ao garantir a democracia. Heidegger (2003) afirma que a linguagem é a morada do ser e a partir dessa linguagem é que construímos a nossa identidade e em razão disso, afirma que ela não é solipsista, pois está atrelada à convivência humana. A partir deste viés é inserida a liberdade de expressão, que talvez seja a mais importante liberdade humana e que necessita da sociabilidade, a fim de que o pensamento individual e coletivo seja construído através da dialética.

A liberdade de expressão como direito individual é essencial à dignidade

da pessoa humana na medida em que ninguém se constrói em silêncio, ou seja, mesmo que não seja possível a expressão através da voz, é possível a utilização de outros meios como linguagem e identidade. Já na perspectiva coletiva, ela é necessária para o desenvolvimento da democracia e da cidadania. Em decorrência disso, foi de vital importância o reconhecimento e a positivação dos direitos fundamentais e a partir desta necessidade é que surgiram os direitos e principalmente os chamados fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988 os quais, para atingirem a configuração atual passaram por um processo histórico, chegando à concepção clássica dos direitos fundamentais, denominados de primeira dimensão ou geração.

Neste contexto assumiram relevo as liberdades, sejam elas de expressão, imprensa, manifestação, entre outras, de cunho individualista, com o intuito de proteger o indivíduo frente ao Estado e também aos particulares, configurando-se como um direito de defesa e de uma não intervenção do Estado e ascensão da autonomia do indivíduo. A liberdade foi um dos tripés da Revolução Francesa de 1789, fruto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2015). Segundo José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 394), a consagração da liberdade ocorreu sob a forma de “direitos naturais e civis”, garantindo a liberdade de ir, permanecer e partir; a liberdade de falar, escrever, imprimir e publicar o pensamento; liberdade de exercer o culto religioso ao qual esteja ligado; a liberdade aos cidadãos de se reunirem pacificamente e sem armas; a liberdade de enviar, às autoridades constituídas, petições assinadas individualmente.

Após a Declaração Francesa de 1789, outros documentos surgiram no mundo, consagrando a liberdade como um direito inalienável, podendo ser destacada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que afirmou ser a liberdade de expressão uma garantia a qual o Estado deve garantir e não deve interferir, ou seja, com *status negativus*, principalmente em seus artigos 18 e 19. Já na perspectiva constitucional brasileira, a Constituição de 1988, em seus artigos 5º, incisos e artigo 220, garante expressamente a inviolabilidade do direito à liberdade, destacando ser livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

De acordo com Riva Sobrado de Freitas e Matheus Felipe de Castro (2013) a dignidade humana corresponde à ideia de justiça e de desenvolvimento da vida humana na sua plenitude. Em outras palavras, sem o exercício da liberdade de expressão, o indivíduo não consegue externar seus desejos e suas convicções, quedando na impossibilidade de comunicação, interação e articulação com a sociedade. Não obstante, quando há o exercício da liberdade de expressão, o cidadão possui voz, e, a partir dessa garantia é assegurada a possibilidade de manifestação do seu pensamento, seja ele político ou ideológico, além da oportunidade, conjugada com outros direitos, da participação no debate político, exercendo, assim, a sua cidadania. Dessa forma, segundo Fernanda Carolina Tôrres (2013, p. 62) a liberdade de expressão “é condição

necessária ao exercício da cidadania e ao desenvolvimento democrático do Estado, na consolidação de uma sociedade bem informada e coautora de seus sistemas político e jurídico”.

Em razão da importância da liberdade de expressão em sentido amplo ou estrito, Machado (2009) o considera como um direito mãe – *cluster right* – das liberdades comunicativas. Desta forma, depreende-se que a liberdade de expressão está ligada de forma intrínseca e implicitamente com outros direitos, entre eles o direito de resposta, de réplica, liberdade religiosa, de reunião, de crença e também à liberdade de imprensa, tratando-se, portanto, de um direito primário que se faz alicerce e pressuposto de outros (MONTEIRO, 2012).

De acordo com Fabio Konder Comparato (2001) para se estabelecer um debate autêntico, bem como a verdadeira dialética enquanto processo de exame da verdade, pressupõe-se a liberdade e a capacidade de proposta das questões a serem discutidas. É o ambiente da liberdade de escolha que dá guarida à livre difusão de notícias, fatos, opiniões, ideias, e é justamente neste pano de fundo que se proliferam as notícias fraudulentas.

## **A Ascensão das Notícias Fraudulentas**

Com a consagração da liberdade de expressão, a profusão de notícias e se fortaleceu e atingiu níveis não vistos na história global. Inicialmente a difusão das notícias se dava através do rádio e depois através do meio analógico, pela televisão. Neste meio, a difusão das informações ocorria de forma passiva e não havia o debate e a discussão de ideias, eis que os telespectadores e ouvintes apenas ouviam as informações que eram transmitidas. Apesar deste meio exercer influências sobre as pessoas, não se dava de forma tão intensa e individualizada como é possível verificar na atualidade.

Com o advento da rede mundial de computadores, as pessoas se tornaram protagonistas da história e puderam expressar e externalizar suas opiniões pelo “*peer to peer*”, o qual é uma arquitetura que, de acordo com Gustavo Binenbojm (2020) permite o compartilhamento de serviços e dados através das próprias pessoas, através da alta tecnologia, o que coloca nas mãos dos indivíduos um alto poder decisório tanto no âmbito individual quanto social. Essa nova ferramenta trouxe a superação da escassez dos meios, tornando mais democrático e acessível para todos, configurando a ágora digital perfeita, onde, no mundo ideal, prevaleceriam as melhores ideias e a verdade seria evidenciada e as mentiras seriam facilmente desmascaradas.

Todavia, mesmo nos anos 90, Manuel Castels e Umberto Eco já se manifestavam de maneira contrária, como pro exemplo em um discurso proferido por Eco, em Turim, na Itália, no qual ele afirma que a internet não é uma ágora digital, mas sim, uma Torre de Babel, onde o mais fraco será cada vez mais oprimido, vez que as vozes são misturadas e a compreensão não é possível, principalmente em razão de que, qualquer um em qualquer momen-

to pode se pronunciar na internet sobre qualquer assunto, o que assume um verdadeiro drama, promovendo os idiotas da aldeia à portadores da verdade (SILVA, 2015).

Com o crescente acesso à informação, provocado pelos avanços tecnológicos, Castels (2003) afirma que em nossa época é possível comparar a internet com uma rede elétrica ou um motor elétrico, vez que possui capacidade de distribuir a força da informação por todo o domínio da atividade humana. Principalmente com o advento da era da pós-verdade, foi evidenciado uma maior comunicação e também disseminação de notícias, através dos mais variados meios e com a intensificação e o acirramento da utilização da internet se estabeleceu um óbice acerca da veracidade das informações que são propagadas, sendo possível perceber alguns fenômenos neste meio, como o discurso do ódio (*hate speech*), propagação de notícias falsas (*misinformation*) e fraudulentas (*fake news*) e pornografia de vingança (*revenge porn*).

As notícias falsas, conhecidas também como *misinformation*, não são preocupação do Estado em razão de que não buscam causar danos a indivíduos e instituições, podendo ser conceituadas como notícias incorretas ou com informações não factuais, sem potencialidade e dolo danoso (BINENBOJM, 2020). Neste sentido, pode se estabelecer um paradoxo com os “fatos alternativos” aduzidos por Winston Smith na obra 1984, de George Orwell (2009), quando os fatos do passado eram modificados, a fim de que o partido pudesse manipular a população, dominando-a e controlando-a .

As *misinformation* não podem ser consideradas um fenômeno recente, eis que elas sempre existiram, como é possível citar que Procópio publicou “Anekdotá” com notícias falsas sobre a reputação do imperador Justiniano, na Idade Antiga, no século VI, de acordo com Robert Darnton (2017). Todavia, demanda atenção, também e principalmente, as notícias fraudulentas, ou *fake news*, que, de acordo com Binenbojm (2020) podem ser conceituadas como sendo mensagens falsas, construídas e divulgadas de maneira consciente e deliberada com uso de artifícios fraudulentos e com objetivo de desinformar e causar danos às pessoas, grupos e instituições. Neste caso, o conteúdo falso das mensagens é apenas um elemento, havendo também o ardil e objetivo de desinformar e causar danos.

Com o crescente avanço da difusão e propagação de notícias, as notícias fraudulentas despertam a atenção e preocupam atores públicos e privados, principalmente em razão da sua maior propagação em relação às notícias verdadeiras, de acordo com estudo feito pelo Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT), divulgado pelo Jornal Estadão (2018). Da mesma forma, a liberdade do indivíduo, apesar de ser reconhecida como viga mestra de todos os outros direitos e de caráter absoluto, pode ser relativizada quando a conduta estiver em desacordo com o estabelecido pelo ordenamento jurídico pátrio. Assim, a manifestação da vontade do indivíduo, ao passo que deve ser respeitada pelo Estado, também pode ser restringida na medida em que exorbita as barreiras legais, a fim de respeitar outros direitos concomitantemente assegu-

rados pela carta constitucional, tais como a dignidade da pessoa humana e o direito geral da personalidade, além do regime político democrático.

## O Tratamento Dado às Fake News e a CPMI no Congresso Nacional Brasileiro

A partir do que se apresentou até aqui, é possível admitir que o fenômeno da propagação das notícias fraudulentas é relevante, pois tanto a criação quanto a divulgação das notícias se dão de forma veloz e em grande escala, interferindo diretamente na vida das pessoas, isso porque, acentua a possibilidade da produção de danos irreversíveis e não acompanha a rapidez e a eloquência para a resposta, podendo tornar impossível retornar ao *status quo* no direito à imagem e honra, tanto de indivíduos quanto instituições.

Segundo Baudrillard (1991), vivemos em um mundo onde há cada vez mais informação e menos significado e, apesar de nossos esforços de reinjetar mensagens com conteúdo, o significado está perdido e é devorado cada vez mais rápido do que pode ser reinjetado e desta forma, quando achamos que a informação produz significado, ocorre o contrário. Para tanto, neste sentido, o autor sustenta que a tecnologia das comunicações subverte nossas noções do real e em razão disso, serve como propulsor da desinformação.

Exemplo disso pode ser considerado as eleições americanas e o Brexit em 2016, além da CPMI das *Fake News* no Brasil. Nas eleições americanas, notícias associavam uma das candidatas à presidência a uma rede de pedófilos (D'ANCONA, 2018) e também seu envolvimento no envio das armas químicas à Assad, na Síria (EL PAÍS, 2020), havendo uma verdadeira propulsão de notícias fraudulentas, que acabaram influenciando no resultado das eleições. Da mesma forma, os indivíduos favoráveis ao Brexit, divulgavam cartazes contendo imagens com longas filas de refugiados sírios tentando entrar no Reino Unido. Com isso, afirmavam que estes refugiados eram parasitas que privariam os britânicos nativos de lugares nas escolas, moradias, empregos e assistência médica (D'ANCONA, 2018).

No Brasil, instaurou-se uma Comissão Permanente Mista de Inquérito das *Fake News* pelo Congresso Nacional brasileiro, a fim de apurar e investigar os ataques cibernéticos que atentam contra a democracia e o debate público, a utilização de perfis falsos para influenciar os resultados das eleições de 2018, a prática de cyberbullying e o aliciamento e orientação para o cometimento de crimes de ódio e suicídio, o qual ainda não foi concluído. A motivação pela criação da CPMI foi a suspeita de uso de notícias falsas e de desinformação, além de assédio e a incitação a outras práticas criminosas na internet, durante as eleições de 2018.

A intitulada CPMI das *Fake News* foi instalada em setembro de 2019, com o senador Ângelo Coronel (PSD-BA) sendo eleito presidente e a deputada Lídice da Mata (PSB-BA) nomeada relatora. O requerimento para a sua criação foi feito pelo deputado Alexandre Leite (DEM-SP), que contou com

o apoio de 276 deputados e 48 senadores. Segundo a Agência Senado (2020), a CPMI é composta por quinze senadores e quinze deputados e deve investigar a criação de perfis falsos e ataques cibernéticos nas diversas redes sociais, com possível influência no processo eleitoral e debate público. A prática de *cyberbullying* contra autoridades e cidadãos vulneráveis também será investigada pelo colegiado, bem como o aliciamento de crianças para o cometimento de crimes de ódio e suicídio.

A CPMI passou a mirar a campanha eleitoral de Jair Bolsonaro na eleição presidencial de 2018, bem como aliados e membros de seu governo. Deputados e senadores decidiram, em 02 de abril de 2020, prorrogar por mais 180 dias a CPMI. O novo prazo começou a ser contado no dia 14 de abril, um dia após a data prevista para o encerramento das atividades do colegiado. O requerimento teve 209 assinaturas de deputados e 34 de senadores, de acordo com a Agência Senado (2020). Além disso, a CPMI passou a focar também na disseminação de desinformação sobre a pandemia do COVID-19 e do negacionismo do coronavírus, num movimento anti-ciência que vem crescendo no Brasil, conforme divulgado pela Unicamp (2020). Ainda, segundo divulgado pelo site do Senado (2020), a CPMI não teve mais nenhuma movimentação após a aprovação pela suspensão das atividades em abril.

Desta forma, vem despertando atenção, principalmente na situação pandêmica na qual ainda estamos vivenciando, a ascensão das notícias falsas e fraudulentas em relação à COVID-19, além do discurso de ódio, principalmente das redes sociais, o que fez com que a sociedade precisasse se organizar de forma a advertir a população quantos aos possíveis danos causados pelas notícias, principalmente no que se refere ao direito fundamental à saúde, que, como isso, tinha potencial possibilidade de ser lesionado.

Notícias como “Café previne o coronavírus”, “Chá de limão com bicarbonato quente cura coronavírus”, “Beber muita água e fazer gargarejo com água morna, sal e vinagre previne coronavírus”, “Vacina da gripe aumenta risco de adoecer por corona vírus”, “Óleo consagrado cura coronavírus” (BRASIL, 2020), dentre outras notícias de fácil acesso e que repercutiram muito, principalmente nos meios sociais, são grandes preocupações, eis possuem grande potencial de lesar a saúde humana.

Em razão disso, alguns mecanismos vêm sendo utilizados no combate às notícias falsas e fraudulentas, como por exemplo canais na internet como o site do Ministério da Saúde, no qual busca-se corrigir as notícias fraudulentas, além de esclarecer a veracidade sobre aquela informação. Nesta mesma perspectiva, outras atitudes vêm sendo tomadas, como por exemplo as empresas Twitter, Facebook e Instagram, que excluíram uma postagem do presidente brasileiro na qual o referido afirma que o remédio *hidroxicloroquina* é eficaz contra o coronavírus, além de defender o fim do isolamento social (BBC, 2020). As empresas decidiram remover o conteúdo em razão de que as postagens violaram as regras de uso da plataforma por potencialmente “colocar as pessoas em maior risco de transmitir a covid-19”.

Na mesma toada, postagens do presidente americano também foram excluídas pelo Twitter e Facebook, no qual ele afirmava que as crianças são “quase imunes” ao coronavírus — o que é rejeitado oficialmente pelas próprias autoridades de saúde do país, segundo as quais crianças não têm imunidade à nova doença, de acordo com a BBC (2020). Outro perfil bastante relevante e que também sofreu penalidades foi o do filho do presidente americano, em razão de ter compartilhado conteúdo que promovia “desinformação” sobre coronavírus e *hidroxicloroquina*.

Desta forma, apesar de as medidas adotadas pelas empresas, conforme exemplos supracitados, serem extremas e de grande impacto, elas foram as mais plausíveis no momento, eis que, ao mesmo tempo em que é necessário garantir a liberdade de expressão, também é necessário combater as notícias fraudulentas, principalmente as que impactam diretamente direitos fundamentais como a saúde, o que se torna imprescindível para a concretização da dignidade humana. Apesar das autoras considerarem a necessidade da ampliação de políticas públicas para a promoção da educação nas mídias como melhor forma de enfrentamento para a diminuição da propagação de notícias falsas e fraudulentas, isto não garante uma eficácia à curto prazo, sendo, portanto, as medidas adotadas pelas empresas as mais corretas no momento, a fim de preservar a saúde e a vida humana.

## Conclusão

Com o desenvolvimento da pesquisa, restou demonstrado que a liberdade de expressão, apesar de ser um direito fundamental positivado no direito nacional e internacional e imprescindível para a expressão livre e pública e de caráter absoluto, encontra limites tanto na legislação infraconstitucional quanto no próprio texto constitucional ao assegurar concomitantemente outros direitos fundamentais, tais como os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, além do regime político democrático, visando não cair num “liberalismo’ autoritário complacente com a violência”, nas palavras de Lênio Luiz Streck (2020), o qual pode desdobrar-se em notícias fraudulentas e discurso do ódio.

Com o advento da rede mundial de computadores, as pessoas se tornaram protagonistas da história e puderam expressar e externalizar suas opiniões. Todavia, juntamente com a facilidade do acesso sobrevieram alguns fenômenos que trazem prejuízos aos indivíduos, como por exemplo, a propagação de notícias falsas e fraudulentas, conforme desenvolvido no trabalho, sendo perceptível que a propagação e disseminação de notícias fraudulentas, tornam suscetíveis de lesão, tanto de forma direta quanto indireta, a liberdade e a dignidade dos cidadãos, fomentando uma possível ilegitimidade do sistema democrático brasileiro, podendo afetar inclusive a saúde e a vida humana.

Desta forma, é possível concluir que a propagação e disseminação de notícias fraudulentas, que atentam contra a democracia e o debate público,



além de ter potencialidade de incitar o ódio, lesionam direta e indiretamente a liberdade e a dignidade dos cidadãos, fomentando uma possível ilegitimidade do sistema democrático brasileiro. Além disso, a liberdade de expressão deve ser limitada, necessitando ser manejada de forma cautelosa, além da possibilidade de ser restringida quando imprescindível para salvaguardar outros direitos que não possam ser protegidos de outra maneira menos gravosa.

Portanto, é justamente no contexto da disseminação de notícias fraudulentas durante a pandemia da Covid-19, que a restrição deve ser mais significativa, sendo possível concluir que a CPMI das *Fake News* é de extrema relevância no enfrentamento deste problema, devendo esta ser retomada, à fim de avançar nas investigações. Além disso, as medidas adotadas pelas empresas de exclusão de postagens de redes sociais foram adequadas no momento, vez que possuem o condão de evitar um problema de saúde pública ainda mais preocupante. Todavia, os métodos devem ser repensados, buscando encontrar soluções a partir do qual se estabeleça o que deve ser punido e quais os meios a serem utilizados, de modo a permitir um ambiente livre, como por exemplo a ampliação de políticas públicas para a promoção da educação nas mídias, evitando assim, o sacrifício de valores tão caros ao ordenamento jurídico, como é a liberdade de expressão, a fim de que não se recaia em censura, episódio triste da memória brasileira.

## Referências

BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e simulação**. Lisboa: Editora Relógio D'água, 1991.

BBC News. **Após Twitter, Facebook e Instagram excluem vídeo de Bolsonaro por 'causar danos reais às pessoas'**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52101240>. Acesso em: 22 out. 2020.

BINENBOJM, Gustavo. **Fake news, liberdade de expressão e a defesa da democracia**. Entrevista cedida a Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Disponível em: <http://fempapr.org.br/site/2020/07/03/fake-news-liberdade-de-expressao-e-defesa-da-democracia-foi-tema-do-mp-debate/>. Acesso em: 05 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Saúde sem fake news**. Disponível em: <https://antigo.saude.gov.br/fakenews/>. Acesso em: 22 out. 2020.

CASTELS, Manuel. **A galáxia da internet: Reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade**. São Paulo: Editora Zahar, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. **Revista USP**, n. 48, p. 6-17, 2000.

DARNTON, Robert. **A verdadeira história das notícias falsas**. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/28/cultura/1493389536\\_863123.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/28/cultura/1493389536_863123.html). Acesso em: 22 out. 2020.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em: 21 out. 2020.

DE SOUSA JÚNIOR, João Henriques et al. Da Desinformação ao Caos: uma análise das Fake News frente à pandemia do Coronavírus (COVID-19) no Brasil. **Cadernos de Prospecção**, v. 13, n. 2 COVID-19, p. 331, 2020.

D'ANCONA, Matthew. **Pós-verdade: A nova guerra contra os fatos em tempos de fake news**. Trad. Carlos Szlak. 1. Ed. Barueri: Faro Editorial, 2018.

EL PAÍS. **O triunfo de CONFIRMADO: Clinton deu as armas químicas a Assad?** e outras notícias falsas. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/21/internacional/1492807566\\_298932.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/21/internacional/1492807566_298932.html). Acesso em: 07 ago. 2020.

ESTADÃO. **Fake news se espalham 70% mais rápido que as notícias verdadeiras, diz novo estudo**. Disponível em: <https://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,fake-news-se-espalham-70-mais-rapido-que-as-noticias-verdadeiras-diz-novo-estudo,70002219357>. Acesso em> 23 out. 2020.

FACULDADE DE CIÊNCIAS MÉDICAS DA SANTA CASA DE SÃO PAULO. **Mas, afinal, para que servem a cloroquina e a hidroxicloroquina?** Disponível em: <https://fcmasantacasasp.edu.br/mas-afinal-para-que-servem-a-cloroquina-e-a-hidroxicloroquina/>. Acesso em: 22 out. 2020.

HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2003.

KAKUTANI, Michiko. **A morte da verdade**. Trad. André Czarnobai, Marcela Duarte. 1 ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

\_\_\_\_\_. **Liberdade de expressão, interesse público e figuras públicas equiparadas**. Disponível em: [https://heinonline.org/HOL/Page?men\\_tab=srchresults&handle=hein.journals/boltdiuc85&id=83&size=2&collection=journals&terms=e|Liberdade%20de|E|LIBERDADE%20DE%20EXPRESSAO|e%20interesse|publico|de|INTERESSE%20PUBLICO%20E%20FIGURAS%20PUBLICAS%20E%20EQUIPARADAS&termtpe=phrase&set\\_as\\_cursor=0](https://heinonline.org/HOL/Page?men_tab=srchresults&handle=hein.journals/boltdiuc85&id=83&size=2&collection=journals&terms=e|Liberdade%20de|E|LIBERDADE%20DE%20EXPRESSAO|e%20interesse|publico|de|INTERESSE%20PUBLICO%20E%20FIGURAS%20PUBLICAS%20E%20EQUIPARADAS&termtpe=phrase&set_as_cursor=0). Acesso em: 01 jul. 2020.

MONTEIRO, Marco Antonio Correa. **Tutela constitucional da liberdade de imprensa**. Tese. (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 2015.

SILVA, Marcos Fabrício Lopes da. **O idiota da aldeia e o portador da verdade.** Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/jornal-de-debates/o-idiota-da-aldeia-e-o-portador-da-verdade/>. Acesso em: 23 out. 2020.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Pode-se, em nome da democracia, propor a sua extinção?** Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2020-jun-22/streck-cattoni-nome-democracia-propor-extincao?fbclid=IwAR2dW8\\_kZY8rIVb10kTyTvT3uiO0GdTxfYsMe0Syi97uIC4MUYsL-iEego](https://www.conjur.com.br/2020-jun-22/streck-cattoni-nome-democracia-propor-extincao?fbclid=IwAR2dW8_kZY8rIVb10kTyTvT3uiO0GdTxfYsMe0Syi97uIC4MUYsL-iEego). Acesso em: 02 jul. 2020.

TÔRRES, Fernanda Carolina. **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão.** Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502937>. Acesso em: 01 jul. 2020.

UNICAMP. **Divulgadores de ciência são atacados por hackers e recebem ofensas após alertas sobre coronavírus.** Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/noticias/2020/04/15/divulgadores-de-ciencia-sao-atacados-por-hackers-e-recebem-ofensas-apos-alertas>. Acesso em: 16 nov. 2020.

# O TRANSHUMANISMO E O BIOCONSERVADORISMO: QUAL É O PAPEL DA BIOÉTICA?

**Mônica de Oliveira Camara**

Professora da Universidade do Grande Rio. Advogada. Mestre em Direito Público e Evolução Social. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Professora de Direito Civil e Coordenadora Adjunta do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade do Grande Rio. Membro da Comissão de Bioética e Biodireito da Ordem dos Advogados do Brasil seção Rio de Janeiro, exercício 2019/2021

## **Resumo:**

O presente artigo tem por objeto de estudo discorrer sobre as lições apresentadas por dois filósofos que se encontram em posições opostas no debate relacionado ao progresso tecnológico, Nick Bostrom e Francis Fukuyama. O primeiro defensor do pensamento transhumanista, o segundo considerado um bioconservador. A finalidade do presente estudo é também discorrer sobre o papel da bioética diante dos avanços da biotecnologia, uma vez que o desenvolvimento de novas tecnologias na medicina possibilitou ao homem obter curas de doenças e prolongar cada vez mais a vida na terra. Os bioconservadores alertam que a existência dos seres humanos estaria ameaçada, porquanto a natureza humana sofreria alterações tão radicais ao ponto de não mais ser possível considerá-la como tal. Por outro lado, os transhumanistas advertem que as novas tecnologias médicas contribuiriam cada vez mais para o melhoramento humano, sustentando que o homem alcançaria sua tão sonhada imortalidade. O método utilizado é o da pesquisa bibliográfica, consistente na revisitação de doutrina nacional e estrangeira que cuidam em analisar as questões envolvidas ao tema. Por fim, foi possível concluir que o cenário atual exige uma bioética pautada no princípio responsabilidade e da precaução, direcionando sua atuação para os problemas sociais, econômicos e políticos presentes no processo de globalização.

**Palavra-chave:** Transhumanismo; Bioconservadorismo; Bioética.

## **Introdução**

Neste artigo serão apresentados os pensamentos pós-humanistas e as ideias transhumanistas de Nick Bostrom, a fim de que possa haver uma con-

traposição ao pensamento humanista de Francis Fukuyama, sendo necessário esclarecer desde logo que a expressão humanista está a se referir a preocupação em preservar o homem com as características que são inerentes à condição humana e que, segundo os bioconservadores, vem sendo ameaçada pelo emprego dos avanços científicos.

O tema foi escolhido em razão das inquietudes suscitadas por cientistas sobre o uso indiscriminado das novas tecnologias biomédicas, sem uma regulamentação clara e efetiva sobre a questão. Alertam que a tecnologia pode trazer benefícios ao homem, mas também pode representar um instrumento de destruição da vida humana e inumana.

No primeiro item do artigo apresentam-se as lições de Nick Bostrom, importante difusor das ideias transhumanistas e que enfatiza a importância da biotecnologia como um instrumento legítimo da emancipação do homem, porquanto as novas técnicas promovem e promoverão ao ser humano uma vida melhor, livre de qualquer sofrimento, dor, limitações biológicas.

O último item discorre sobre a posição contrária de Francis Fukuyama diante do projeto transhumanista. Este filósofo considera que o projeto transhumanista representa o surgimento de uma verdadeira luta de classes, posto que, em sendo os avanços tecnológicos utilizados para o melhoramento humano indiscriminadamente, o cenário que se vislumbra é a criação de seres pós-humanos convivendo com o humano, o que conduziria à degradação do ser não melhorado, aumentando ainda mais as injustiças sociais e promovendo práticas eugênicas.

O artigo se encerra com a descrição do papel da bioética nesse cenário pós-humano, enfatizando que a disciplina deve promover concretamente a qualidade de vida da humanidade, afastando danos indesejáveis para o homem, o planeta e às futuras gerações, e que este objetivo só será alcançado se adotadas condutas pautadas no princípio da responsabilidade e da precaução.

## **Os valores transhumanistas segundo Nick Bostrom**

Segundo Dias e Vilaça (2014, p. 345), Nick Bostrom, professor de filosofia da Universidade de Oxford, foi o responsável, juntamente com David Pearce, pela criação em 1997, do *World Transhumanist Association*, atualmente denominado de *Humanity* ou *Humanity Plus*, associação criada com o propósito de constituir uma espécie de organização “guarda-chuva” para reunir os transhumanistas.

Para Bostrom (2005a, p. 01) o movimento transhumanista promove uma abordagem interdisciplinar na análise das oportunidades em benefício da condição humana e do organismo humano, proporcionado pelo progresso da tecnologia. O cuidado em analisar essa nova realidade indica uma preocupação no emprego tanto para tecnologias atuais, como por exemplo, a engenharia genética e a tecnologia da informação, quanto para aquelas antecipadas para o futuro, como é o caso da nanotecnologia molecular e a inteligência

artificial.

O termo transhumano denota os seres em transição, ou moderadamente aprimorados, cuja capacidade estaria em algum lugar entre estes humanos não desenvolvidos e o desenvolvido pós-humano. No que se refere à expressão “pós-humano”, o filósofo alemão delimita como sendo aquele ser dotado de capacidades físicas e/ou cognitivas superiores ao humano não melhorado.

De acordo com Dias e Vilaça (2014, p. 345), a filosofia transhumanista foi inicialmente tratada por Max More, filósofo britânico que em 1990, no artigo *Transhumanism: towards a futurist Philosophy* estabeleceu algumas diretrizes para essa nova era de progresso e valorização da existência humana, dando ênfase à utilização de várias ciências e tecnologias, tais como a neurociência e a neurofarmacologia, o prolongamento da vida, nanotecnologia e a ultra-inteligência artificial.

Conforme Bostrom (2005a, pp. 01-02) enfatiza os ideais transhumanistas visam o aprimoramento do ser humano, possibilitando a extensão radical da saúde humana, a erradicação de doenças, a eliminação do sofrimento desnecessário e o melhoramento das capacidades intelectuais, físicas e emocionais dos humanos. Pondera aquele filósofo que o aperfeiçoamento humano não está limitado apenas à utilização de dispositivos tecnológicos e medicamentos, mas também inclui talentos e técnicas econômicas, sociais, de design institucional e de desenvolvimento.

A pretensão é a de promover não só os métodos comuns para melhorar a natureza humana, como educação e refinamento cultural, como também a aplicação direta da medicina e da tecnologia para superar alguns limites biológicos do ser humano. Pondera o professor sueco de filosofia que essas limitações humanas constituem uma restrição ao ser humano em se desenvolver em sua plenitude cabendo a cada indivíduo mediante o uso da razão, da ciência e da tecnologia transcender a tais limitações.

Pessini (2017, p. 09) aponta que as ideias pós-humanistas têm suas raízes nos ensinamentos do filósofo alemão do século XIX, Friedrich Nietzsche. Nietzsche (2002, pp.450-460), que na obra denominada “Assim falava Zaratustra” criou o termo super-homem (*Übermensch*), para designar um ser superior aos demais, modelo ideal para elevar a humanidade. Na visão daquele filósofo alemão, o ser humano superior não deveria se unir a outro ser humano que não fosse igualmente superior, representando o amor um impedimento ao bom senso, não sendo aconselhável que o homem assuma decisões que afetem sua vida em momentos de paixão, devendo o amor ser deixado para classes menos favorecidas, cabendo ao ser superior, o “super-homem”, unir-se com outro ser superior, para assim, dar seguimento ao desenvolvimento da raça e não apenas sua reprodução.

Retornando às ideias transhumanistas, Bostrom (2005a, pp.3-7) apresenta as seguintes imperfeições humanas: (1) o tempo de vida, (2) a capacidade intelectual, (3) a funcionalidade do corpo, (4) modalidades sensoriais e (5) o humor, energia e autocontrole. Segundo ele o tempo de vida humana repre-

senta irrisórios sete ou oito décadas, período bastante curto para o homem desempenhar todas as atividades relevantes em sua vida. O fato do ser humano morrer precocemente retira dele a possibilidade em realizar algo relevante para a humanidade, do contrário poderia desfrutar da saúde e da vitalidade da juventude, alcançando níveis de maturidade que sequer pode ser imaginado.

Quanto à capacidade intelectual do homem, o filósofo sueco afirma existir um desejo persistente de todos os indivíduos em ser dotado de maior inteligência, porém a atividade mental humana é limitada, incapaz de armazenar milhares de dados com precisão e rapidez como faz os computadores. O cérebro humano está fadado a se enclausurar em uma caverna, capaz apenas de levantar teorias sem, contudo, chegar às respostas sólidas para muitas das grandes questões filosóficas tradicionais, justamente porque o humano não é esperto o suficiente para ser bem-sucedido nesse tipo de investigação.

No que diz respeito à funcionalidade do corpo, Bostrom (2005a, p. 06) sustenta que o indivíduo melhora seu sistema imunológico natural com utilização de vacinas, porém é possível a aplicação de outras técnicas para proteger o corpo humano de doenças ou auxiliar em satisfazer outros desejos, como por exemplo, controlar a taxa metabólica do organismo, o que certamente proporcionaria melhor qualidade de vida.

O professor de filosofia apresenta a técnica do *upload* para obter uma visão computacional da mente, o que possibilitaria que a mente humana fosse armazenada para um computador, através da replicação em silício dos detalhados processos computacionais que normalmente ocorreriam em um cérebro humano em particular. Ser um *upload* teria muitas vantagens em potencial, tais como a habilidade de fazer cópias de segurança de si mesmo e a capacidade de autotransmitir informação na velocidade da luz.

Ainda no que se refere às limitações humanas, o filósofo destaca que as modalidades sensoriais humanas podem ser aprimoradas, porque aquelas que já são conhecidas não são as únicas possíveis, até porque esse desenvolvimento pode demonstrar ser insuficiente, sendo possível alcançar níveis mais altos de sensibilidade e receptividade.

Por fim, Bostrom (2005a, p. 07) afirma que o humano tem seu senso de humor, energia e autocontrole definidos por uma determinação genética. A limitação do sentimento de bem-estar também diz respeito à energia, força de vontade e capacidade de moldar o caráter de acordo com o ideal de cada indivíduo. Assim, o melhor que se pode fazer é buscar aprimorar a capacidade de facilmente se livrar de hábitos que comprometam o humor e o autocontrole, devendo o ser humano buscar um sistema mais preciso para escolher ou abandonar certas atitudes que influenciam o sentimento de felicidade.

Bostrom (2003, p. 21) ressalta que os transhumanistas entendem que as tecnologias de melhoramento humano deveriam ser amplamente utilizadas, que indivíduos deveriam ter a liberdade de escolha sobre quais dessas técnicas desejam aplicar a si próprios, dando ênfase à autonomia de cada um, e que os pais deveriam ter normalmente o direito de escolher aprimoramentos para os

seus futuros filhos, porquanto a natureza humana está em constante estágio evolutivo, podendo ser aprimorada através do uso da ciência e de outros métodos racionais, capazes de auxiliar no aumento da longevidade da vida humana, estender as capacidades físicas e intelectuais e permitir um maior controle sobre os estados mentais e humores do ser pós-humano.

O próprio Bostrom (2005b, pp. 202-214) não nega a existência de riscos, tanto que afirma a necessidade em conhecê-los para evitar que ocorram, agindo contra ameaças concretas, tais como abusos de armas biológicas por parte de militares ou terroristas, e contra efeitos colaterais sociais e ambientais indesejados, sem com isso significar que o fato deles existirem representa a abolição completa do movimento transhumanista. Isto porque, as tecnologias de melhoramento humano irão oferecer usos extraordinariamente valiosos e benéficos para a humanidade, sendo possível pensar em uma realidade em que as técnicas de aprimoramento sejam capazes de transformar o humano atual, ou as gerações futuras, em seres pós-humanos, dotados de longevidade, com plena saúde, faculdades intelectuais muito maiores do que as de qualquer ser humano na contemporaneidade, ou quem sabe modalidades e sensibilidades inteiramente novas, entre elas a habilidade de controlar as próprias emoções.

Com o emprego da biotecnologia para aprimorar a natureza humana é possível prever um acentuado desenvolvimento na pessoa pré-transformada, obtendo uma ampliação na expectativa de vida, inteligência, saúde, memória e sensibilidade emocional, sem deixar de existir no processo. Ao que parecem essas modificações que aumentam as habilidades de alguém são capazes de trazer mais benefícios do que prejuízos. Se a maior parte do que alguém é atualmente, incluindo suas memórias mais importantes, atividades e sentimentos, é preservado, então acrescentar capacidades extras a isso não levaria ao humano deixar de existir.

Conforme Bostrom (2005a, p. 09) sustenta, o transhumanismo permite ao homem buscar um desenvolvimento ainda maior com o propósito de explorar novos reinos de valor, até então inacessíveis, ainda que isso provoque o despojamento de algumas partes de nós mesmos de tal forma que não seja mais possível ser a mesma pessoa. Aponta o filósofo que ainda não há condições para o ser humano responder ao questionamento sobre qual parte de si deseja sacrificar, contudo, isso se dará na medida em que todos estejam familiarizados com o significado de cada biotecnologia, cabendo uma exploração cuidadosa do reino pós-humano, por representar algo indispensável para a aquisição de tal entendimento. O valor central do transhumanismo é justamente esse, a exploração do mundo pós-humano, porque assim será adquirida a capacidade de avaliar com clareza se de fato há benefícios capazes de justificar que esse projeto inovador seja levado adiante.

O ideal é que o projeto transhumanista reúna as condições básicas para seu êxito serem alcançados, quais sejam: a existência de uma segurança global, um progresso tecnológico e um amplo acesso. Por segurança global, o professor de filosofia enfatiza ser possível ocorrer desastres ou contratempos duran-



te esse processo, contudo o risco existencial deve ser evitado a qualquer custo, porque se a humanidade for destruída impedirá que o ser humano possa se desenvolver o que vai de encontro ao núcleo essencial do valor transhumanista, que é a preservação da humanidade.

Quanto ao progresso tecnológico revela que isso constitui um elemento essencial para os transhumanistas, porquanto as imperfeições biológicas, como envelhecimento, doenças, intelectos débeis, representam uma complexa utilização de ferramentas tecnológicas com capacidade para superar essas deficiências. Para tanto, é preciso vincular esse progresso tecnológico ao desenvolvimento econômico, em especial ao crescimento da produtividade, porque são elementos indissociáveis.

Segundo Bostrom (2005a, p. 11), o acúmulo gradual das melhorias ao longo dos anos permitiu que a maioria dos indivíduos se livrasse do analfabetismo, aumentasse a expectativa de vida para mais 20 anos, diminuíssem taxas de mortalidade infantil, além de permitir que doenças terríveis fossem tratadas com cuidados paliativos, diminuindo o sofrimento. O avanço científico da tecnologia, sob este enfoque, representa um instrumento útil para a melhoria na qualidade de vida.

Por fim, destaca o filósofo a necessidade que todos tenham a oportunidade de se tornar pós-humanos, sendo inadmissível pensar em um cenário que o projeto transhumanista fosse direcionado para uma pequena elite da humanidade, porquanto isto representaria um aumento maior da desigualdade social, o fim do sentimento de solidariedade e respeito pelos seres humanos, à diminuição das oportunidades de cada indivíduo de se tornar um pós-humano, além de agravar ainda mais o sofrimento humano da grande maioria da sociedade.

Segundo Bostrom (2002, p. 03) destaca, esses infortúnios da humanidade não representam aquilo que ele nominou como riscos existenciais, razão pela qual o ser humano não desenvolveu ainda mecanismos, biológicos ou culturais, para gerenciar fatos que possivelmente pode levar a destruição do homem. A estratégia de enfrentamento até então está moldada por uma experiência com riscos como animais perigosos, indivíduos ou tribos hostis, alimentos venenosos, doenças incuráveis, acidentes automobilísticos, Chernobyl, erupções de vulcões, terremotos, I e II Guerra Mundial, gripe, varíola, peste negra e AIDS, acontecimentos esses que, segundo ele, não representaram significativamente a extinção da humanidade, sequer afetaram a quantidade total de sofrimento ou felicidade humana ou determinaram o destino de longo prazo da espécie humana.

Essas catástrofes são, em alguns casos, ocorrências frequentes, porém a atitude do homem em relação ao risco, culturalmente, está amparada por tentativa e erro na administração de tais perigos. Esse não representa o melhor método para gerir esses riscos, porque não há oportunidade de aprender com os erros. A abordagem não pode ser reativa, isto é, analisar os acontecimentos, limitar os danos e aprender com a experiência.

Em vez disso, o filósofo enfatiza ser preciso adotar uma abordagem proativa, leia-se: adotar uma atitude de previsão para antecipar novos tipos de ameaças e uma disposição para tomar medidas preventivas decisivas e arcar com os custos (morais e econômicos) de tais ações. Também não é possível confiar exclusivamente em instituições, normas morais, atitudes sociais ou políticas de segurança nacional, porque esses instrumentos foram criados a partir de uma experiência com a administração de outros tipos de riscos.

A perspectiva transhumanista representa a união entre razão, ciência e técnica para um investimento no pós-humano, justificando-se a autodenominação de humanistas racionais, conforme ensinado por Dupuy (2009, pp. 89-122). Isto porque, o pós-humanismo reconhece vários princípios e valores do humanismo moderno, procurando promover a racionalidade, a liberdade, a tolerância, a democracia e a solidariedade, onde no centro está a autonomia da pessoa, livre para modificar seu próprio corpo.

Os valores transhumanistas tais quais apresentados por Bostrom parecem ter o propósito de enfrentar problemas éticos que venham a surgir, tais como, a modificação da natureza humana, o aumento da desigualdade social, possibilidades do uso das práticas eugênicas presentes em outros momentos históricos, entre outros. É fundamental para o projeto ampla discussão pública pautada em informações científicas e que periodicamente possam ser reexaminadas.

## **O pensamento bioconservador segundo Francis Fukuyama**

O termo bioconservadorismo representa o pensamento contrário ao uso da tecnologia para modificar a natureza humana. A preocupação está direcionada para o fato de que o uso das biotecnologias constitui uma ameaça à dignidade humana, porquanto o emprego indiscriminado dessas novas técnicas exprime consequências devastadoras para a humanidade por permitir o surgimento de um ser mais humano. Bostrom (2005b, pp. 202-214) aponta alguns bioconservadores vinculados a essas ideias, entre eles Leon Kass, George Annas, Wesley Smith, Jeremy Rifkin, Bill Mc Kibben e Francis Fukuyama.

Nesse sentido, o presente item tem como propósito o pensamento de Francis Fukuyama sobre o uso da biotecnologia, a fim de que o debate acerca do tema possa melhor elucidar os pontos divergentes sobre o uso dos avanços tecnológicos para fins de melhoramento humano.

Francis Fukuyama é filósofo estadunidense, professor de economia política internacional da Universidade de Johns Hopkins, localizada em Washington. Em 2002 foi nomeado para o Conselho de Bioética da presidência dos Estados Unidos. É autor dos livros “A grande ruptura”, “O fim da história e o último homem” e “Nosso futuro pós-humano: consequências da revolução da biotecnologia”, sendo esta última obra, objeto do presente estudo.

De acordo com Francis Fukuyama (2003, p. 17), o homem deve ser conceituado segundo sua própria natureza, rechaçando qualquer modificação

genética através da biotecnologia. Embasa sua compreensão através de dois livros da literatura disruptiva, o primeiro escrito por George Orwell, com a obra “1984”, e o segundo de autoria de Aldous Huxley, intitulada “Admirável mundo novo”.

Através dessas duas referências bibliográficas, Fukuyama (2003, p. 18) pretende demonstrar que as tecnologias descritas em cada uma das obras, representariam alterações relevantes no futuro que se projeta, alertando que mudanças muito mais sérias estariam por vir. Cita como exemplos dessas avalanches de modificações os casos das mães de aluguel, o uso das drogas psicotrópicas e a engenharia genética para a “montagem” de crianças.

Fukuyama (2003, p. 20) defende que o ser humano é um produto do processo evolucionário que vem ocorrendo há milhões de anos, e que no futuro é possível que ainda sofra modificações. Assim, afirma que as características humanas em sua maioria não são fixas. Entretanto, aponta que há um atributo humano que não sofre alteração: a capacidade imposta a todos em escolher o que deseja ser e de se modificar segundo esse desejo.

Desta forma, indaga: o que tem de errado não ser mais um humano? Estaria equivocado o desejo de se libertar das emoções angustiantes, memórias que levam as lembranças traumáticas, solidão? Fukuyama sustenta que são essas características que vinculam o homem a sua espécie, e que se elas não mais existirem o caminhar seria na direção da transformação em algo pós-humano.

Se houver alteração na definição de “natureza humana”, se perder aquilo que o ser humano tem de estável na experiência como espécie, os significados dos valores mais fundamentais do ser humano também deixariam de existir. Fukuyama (2003, p. 21) afirma que:

A natureza humana molda e limita os tipos possíveis de regimes políticos, de modo que uma tecnologia poderosa o bastante para remodelar o que somos terá possivelmente consequências malignas para a democracia liberal e a natureza da própria política.

Fukuyama (2003, p. 21-22) evidencia a sua angústia com a biotecnologia, porquanto as extraordinárias conquistas poderão causar prejuízos graves para a humanidade, como a criação de supermicróbios, novos vírus ou alimentos geneticamente modificados capazes de produzir reações tóxicas. Ressalta o autor que a biotecnologia tem alcançado um desenvolvimento extraordinário, criando-se novos medicamentos que alteram a personalidade humana, permitindo que indivíduos introspectivos assumam uma personalidade mais extrovertida, ou que as pessoas possam ter uma personalidade diferente em cada dia da semana.

Outra preocupação apontada por Fukuyama, diz respeito às pesquisas com células-tronco, em especial aquelas voltadas para aumentar a expectativa de vida, alertando para uma dificuldade que pode surgir com a ampliação da

longevidade humana e que a indústria biotecnológica não apresenta solução.

Com a idade, as pessoas ficam mentalmente rígidas e cada vez mais obstinadas em suas ideias, e, por mais que tentem, não conseguem se tornar sexualmente atraentes umas para as outras e continuam a ansiar por parceiros ainda na idade reprodutiva. E o pior, simplesmente recusam-se a deixar em paz não só os filhos, mas os netos e os bisnetos. (Fukuyama, 2003, p. 22)

Nesse sentido, o filósofo estadunidense assevera que diante da escolha entre morrer ou prolongar a vida mediante intervenção terapêutica, a maioria das pessoas irão optar em se manter viva e, conseqüentemente, a sociedade como um todo terá que pagar para mantê-las assim. Fukuyama (2003, pp. 106-107) alerta que esse cenário já está em andamento em países como Japão, Itália e Alemanha, onde se observa um envelhecimento acentuado da sociedade.

Fukuyama (2003, p. 107) critica a ideia transhumanista sobre o emprego da biotecnologia para o prolongamento exagerado da vida, porque pode provocar mais injustiças sociais. Para exemplificar essa afirmação, o filósofo apresenta a situação em que os jovens dificilmente conseguirão progredir em carreiras profissionais por critério de antiguidade pelo fato de existir um elevado número de pessoas idosas. Além do que, a preocupação dos filhos em cuidar dos pais idosos já se faz presente na atualidade, o que pode no futuro causar um sentimento de escravidão desses descendentes por duas, três ou mais gerações de ancestrais que dependerão deles para execução das tarefas cotidianas da vida.

Também aponta outro problema que pode surgir com os experimentos em células-tronco embrionárias: o fato de que pessoas com maior poder aquisitivo têm a possibilidade em escolher os embriões de acordo com o tipo de filhos que gostariam de ter. Nesse cenário seria possível afirmar um aumento na desigualdade social, na medida em que as escolhas genéticas pelos pais poderiam levar seus filhos a se tornarem serem superiores àqueles que não tiveram essa seleção.

Em razão das preocupações acima descritas, além daquelas relacionadas à eugenia, a clonagem e modificações genéticas que possam causar perigos aos seres humanos, Fukuyama posiciona-se como defensor de uma ação governamental mais efetiva no que se refere à regulamentação do uso da biotecnologia, o que certamente trará descontentamento aos interesses das indústrias farmacológicas, que lutam em favor do livre acesso as pesquisas. Também no campo político, possivelmente haverá resistência na regulamentação diante da prevalência dos interesses das empresas e indústrias em direção aos interesses pessoais e partidários.

A questão fundamental, no entendimento de Fukuyama, são que tais situações representam problemas éticos, mas também políticos, pois o que se espera no futuro será exatamente o resultado de ações políticas decididas hoje

em relação à tecnologia e biotecnologia para saber se a sociedade haverá de ingressar ou não num futuro pós-humano. Enfim, qual o futuro que os seres humanos esperam?

## **Perspectivas bioéticas num ambiente pós-humano**

A humanidade necessita aprender com os erros cometidos no passado no que diz respeito ao emprego do conhecimento científico sem ética. Entender que a ciência é capaz de atribuir o sentido último da vida, com atribuição para determinar como o homem deve ser ou o que significa se incluir na categoria de seres melhores é mera ilusão, pois essa tarefa cabe a filosofia e a busca incessante por um comportamento ético.

Conforme assinalado anteriormente, os avanços das ciências da vida interferem na definição de ser humano e levanta questões de cunho ético, social e legal que transcendem a própria ciência. Aqui entra o papel da bioética em buscar estabelecer um meio termo entre o progresso nas ciências da vida e da saúde e o respeito pela dignidade e vida humana. Incumbe à bioética a missão de reconhecer os benefícios para a humanidade proporcionados pelas conquistas científicas e, simultaneamente, assumir uma postura de precaução e cautela quanto aos riscos e perigos que elas possam apresentar. É certo que esse desenvolvimento científico pode erradicar doenças incuráveis que afligem a humanidade há muito tempo e melhorar a saúde humana e a qualidade de vida, mas também suscita dúvidas sobre os efeitos indesejados e práticas antiéticas, entre elas a manipulação genética e suas várias aplicações, com o retorno de ideias eugênicas.

O surgimento da bioética se deu em razão das reações mundiais diante das práticas médicas aterrorizantes realizadas por médicos nazistas durante a II Guerra Mundial, o que levou a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), cujo propósito principal foi o de proteger e garantir direitos para uma sobrevivência digna. Neste sentido, a bioética tem por fundamento este princípio humanista, qual seja: a primazia do ser humano e a defesa de sua dignidade e liberdade, inerentes a sua condição humana, diante do frequente risco em se tornar objeto de refinados ensaios clínicos capazes de pôr em risco a própria vida do sujeito do experimento.

A bioética sendo uma disciplina multidisciplinar, incluindo em seus estudos os aspectos filosóficos no que se refere ao progresso científico e tecnológico, tem a tarefa de advertir que o acréscimo de poder que esse avanço proporciona deve ser exercido com responsabilidade. O atual estágio da humanidade mostra que pela primeira vez o homem se tornou responsável por si mesmo enquanto espécie e pelo planeta em que habita. Sobrevém à liberdade de criar, a responsabilidade de cuidar e de prever as consequências de todos os atos que alteram o equilíbrio precário da natureza.

É justamente com esta preocupação que Jonas (2006, p.47) reformula o imperativo categórico kantiano. Os avanços da biotecnologia exigem não

só uma validade universal como critério de moralidade da ação do homem, como também que essa mesma validade projeta para o futuro com o propósito de antecipar os resultados que dela podem advir num tempo que não serão das gerações atuais. O imperativo a que se deverá subordinar o progresso tecnológico é “aja de modo a que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a Terra.”

A época atual necessita principalmente de uma ética vinculada a uma avaliação cuidadosa entre os riscos possíveis e os benefícios prováveis, uma análise que pode ser resumida segundo o princípio da responsabilidade, preconizado por Hans Jonas e orientador da conduta ética nesse contexto biotecnocientífico.

Jonas (2006, p. 64) aponta a existência de questionamentos acerca da capacidade dos governos representativos em cumprir com as novas exigências segundo seus princípios e procedimentos normais, porquanto representam interesses atuais, não aqueles direcionados para o futuro. O filósofo assevera que “o futuro não está representado em nenhuma instância; ele não é uma força que possa pesar na balança. Aquilo que não existe não faz nenhum lobby; e os não nascidos são impotentes”.

O cenário atual proclama de um lado algumas nações desenvolvidas, detentoras do conhecimento biotecnológico, colocado a serviço das pessoas com maior poder aquisitivo, e de outro, países periféricos, formados por populações que enfrentam a luta para garantir a própria sobrevivência. Nesse contexto é inevitável a indagação: a quem caberá o controle do acesso a essas inovações tecnológicas? Esse debate engloba diversos interesses em conflito e exige uma reflexão complexa e isenta de conteúdos ideológicos particulares. É preciso estabelecer valores éticos e bioéticos que promovam concretamente a qualidade de vida da humanidade, afastando danos indesejáveis para o homem, o planeta e às futuras gerações.

Hoje o mundo presencia o rápido desenvolvimento científico e tecnológico que seduz e encanta a todos, mas que também provoca injustiças, posto que seu alcance não tem beneficiado parcelas significativas da população, que continuam sendo excluídas das benesses dos avanços tecnológicos. Além do mais, esse progresso nem sempre é acompanhado de valores éticos, promotores de vida e respeitadores da dignidade humana.

Nesse cenário, a Unesco invoca o Princípio da Precaução como novo referencial da bioética, o qual deve ser aplicado quando existirem incertezas científicas consideráveis sobre causas, probabilidades e natureza de possível dano. Explique-se melhor. Quando determinadas atividades humanas possam ser cientificamente plausíveis e interessantes, mas provocam danos moralmente inaceitáveis, deve-se agir para evitar ou diminuir esses danos.

A Comissão mundial para a ética do conhecimento científico e tecnológico da UNESCO (2005, p. 14) conceitua a precaução como um juízo de plausibilidade que deve fundar-se em uma análise científica, as quais devem ser contínuas de modo que as ações escolhidas sejam submetidas à constante

revisão. As escolhas das ações devem ser proporcionais à seriedade do dano potencial, com consideração de suas consequências positivas e negativas, e com uma avaliação tanto da ação como da inação.

O mundo contemporâneo apresenta-se cinzento e com múltiplas incertezas, necessitando de um debate público capaz de promover maior discernimento sobre o que deve ser incentivado em termos de avanços tecnológicos e o que deve exigir uma moratória no desenvolvimento, sendo a prudência ética um importante elemento a ser considerado na ousadia científica.

## Considerações finais

Diante dessas circunstâncias, a bioética (re)começa a percorrer outros rumos trilhando pelos caminhos originalmente delineados por Van Rensselaer Potter, com seus novos escritos de 1988. A disciplina passa a ampliar seu campo de atuação, incluindo análises sobre a questão da qualidade da vida humana. Assuntos que até então apenas tangenciavam sua pauta, como a preservação da biodiversidade, a finitude dos recursos naturais planetários, o equilíbrio do ecossistema, os alimentos transgênicos, o racismo e outras formas de discriminação, entre outros, passavam a fazer parte do debate bioético.

Categorias como responsabilidade, cuidado, solidariedade, tolerância, precaução, devem nortear uma prática bioética comprometida com os mais vulneráveis, com a coisa pública e com o equilíbrio ambiental e planetário do século XXI. Impõe-se a necessidade de a bioética incorporar nas suas reflexões temas sociopolíticos da atualidade, principalmente as discrepâncias sociais e econômicas existentes entre ricos e pobres, entre as nações do Norte e do Sul. A bioética deve servir como instrumento concreto de libertação, justiça e felicidade e não, ao contrário, veículo de opressão, cerceamento e dor para as pessoas e povos.

## Referências

AGAR, Nicholas. *Humanity's End: why we should reject radical enhancement*. Massachusetts: Mit Press, 2010.

BOSTROM, Nick. Riscos Existenciais: analisando cenários de extinção humana e riscos relacionados. *Journal of Evolution and Technology*. Oxford: OxfordUniversity, v. 9, n. 1, 2002. Disponível em: <<https://nickbostrom.com/existential/risks.html>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

BOSTROM, Nick. *The Transhumanist FAQ - A General Introduction*. Oxford: Oxford University, 2003. Disponível em:<<https://nickbostrom.com/views/transhumanist.pdf>> Acesso em: 10 mar. 2019.

BOSTROM, Nick. Valores Transhumanistas. **Instituto ética, racionalidade e futuro da humanidade**. Tradução: Pablo de Araújo Batista, 2005a. Disponível em: <<http://www.ierfh.org/br.txt/ValoresTranshumanistas2005.pdf>> Acesso em: 10 mar. 2019.

BOSTROM, Nick. *Why I want to be a Posthuman When I Grow Up. Medical Enhancement and Post humanity*. Springer, 2006. Disponível em: <<https://nickbostrom.com/posthuman.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

BOSTROM, Nick. Em defesa da dignidade pós-humana. Tradução: Brunello Stancioli; Daniel Mendes Ribeiro; Anna Rettore; Nara Pereira Carvalho. *Bioethics*. Oxford: Oxford University, v. 19, n.3, 2005b.

BOSTROM, Nick; SANDBERG, Anders. *The wisdom of nature: an evolutionary heuristic for human enhancement*. In: SAVULESCU, Julian; BOSTROM, Nick. (Eds.). **Human enhancement**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BUCHANAN, Allen; *Human nature and enhancement*. *Bioethics*, v. 23, n. 3, 2009.

BUCHANAN, Allen; *Beyond humanity? The ethics of biomedical enhancement*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

DIAS, Maria Clara; VILAÇA, Murilo Mariano. Natureza humana versus aperfeiçoamento? Uma crítica aos argumentos de Habermas contra a eugenia positiva. *Revista de Filosofia*. Natal, v. 20 n. 33, 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/7517/5588>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

DIAS, Maria Clara; VILAÇA, Murilo Mariano. Transhumanismo e o futuro (pós-humano). *Physis Revista de Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, 2014.

DUPY, Jean Pierre. O transhumanismo e a obsolescência do homem. In: NOVAES, A. (Org.). **A condição humana: as aventuras do homem em tempos de mutações**. São Paulo: Agir, 2009.

FUKUYAMA, Francis. **Nosso futuro pós-humano: consequências da revolução biotecnológica**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Soares. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

FUNK, Cary; KENNEDY, Brian; SCIUPAC, Elizabeth Podrebarac. *U.S. Public Way of Biomedical Technologies to 'Enhance' Human Abilities*. **PewResearch Center**: 2016.

HEILINGER, Jan-Christoph.; CRONE, Katja. *Human freedom and enhancement*. *Medicine Health Care and Philosophy*, v.17, n.1, 2014.

JONAS, Hans. **Ética, medicina e técnica**. Lisboa: Veja, 1994.

JONAS, HANS. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Tradução: Marijane Lisboa; Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2006.

NIESTZSCHE, Friedrich. **Assim falava Zaratustra**. Tradução: José Mendes de Souza. Ebooks Brasil, 2002. Disponível em:<<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/zara.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

PERSSON, Ingmar; SAVULESCU, Julian. *Moral transhumanism*. *Journal of Medicine and Philosophy: A Forum for Bioethics and Philosophy of Medicine*, v. 35, n. 6, 2010.

PESSINI, LEO. Bioética, humanismo e pós-humanismo no século XXI: em busca de um novo ser humano. *Revista eclesialística brasileira*, Rio de Janeiro, v. 07, n. 306, 2017. Disponível em: <<http://revistaeclesialisticabrasileira.itf.edu.br/reb/article/view/83>>. Acesso em: 10 mar. 2019.



UNESCO. *World Comission of the ethics of scientific know ledg and technology. The Precautionary Principle*. Paris: UNESCO, 2005.

# EN APOYO A LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

**Raimundo Castaño Calle**

Profesor Titular/ Área de Atención a la Diversidad y Educación Inclusiva/Facultad de Educación/Universidad Pontificia de Salamanca/España

**Fernando González Alonso**

Profesor Encargado de Cátedra/Áreas de Educación en Valores, Didáctica General y Organización de Centros/ Facultad de Educación/Universidad Pontificia de Salamanca/España

## Resumen:

El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad ha publicado el estudio “Derechos Humanos y Discapacidad: Informe España 2019”; en él se analiza el grado de cumplimiento de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en España en el año 2019. “Se trata de una cartografía fiel del estado general de los derechos, la inclusión y el bienestar de las personas con discapacidad y sus familias”. El informe “es una herramienta que aspira a generar condiciones de conocimiento, denuncia y propuesta para el cumplimiento efectivo de la Convención de la Discapacidad en España”. Con este informe, “la sociedad civil de las personas con discapacidad y sus familias actúa como agente crítico, vigilante y beligerante, pero también propositivo y riguroso para denunciar los déficits en materia de inclusión y para aplaudir aquellos logros alcanzados a lo largo del año 2019 con el fin de situar a las personas con discapacidad en parámetros de plena ciudadanía”.

**Palabras clave:** Derechos, inclusión y bienestar; Convención Internacional; Personas con Discapacidad; Legislación y políticas públicas.

## Introducción

Las personas con discapacidad conforman un grupo vulnerable y numeroso al que el modo en que se estructura y funciona la sociedad ha mantenido asiduamente en conocidas condiciones de exclusión. Este hecho ha comportado la restricción de sus derechos básicos y libertades esenciales condicionando u obstaculizando su desarrollo personal, así como el disfrute de los

recursos y servicios disponibles para toda la población y la posibilidad de contribuir con sus capacidades al progreso de la sociedad.

Miranda (2016: 96) señala que el poco interés que, hasta fechas recientes, las ciencias sociales y jurídicas han venido mostrando por los temas relacionados con la discapacidad puede obedecer a que, para quienes trabajan en esas áreas del conocimiento, “es fundamental la aceptación de la hegemonía dominante, que observa la discapacidad desde un punto de vista médico y psicológico”, (Barton, 1996: 22).

El deseo de una vida plena y la necesidad de realización personal no pueden ser satisfechas si se hallan restringidos o ignorados los derechos a la libertad, la igualdad y la dignidad.

A pesar de los indudables progresos sociales alcanzados en materia de discapacidad aún hoy hombres y mujeres ven limitados sus derechos en el acceso o uso de entornos, procesos o servicios que o bien no han sido concebidos teniendo en cuenta sus necesidades específicas o bien se manifiestan claramente restrictivos a su participación en ellos.

Para López-Veiga (2016: 30-31), el siglo XX, se ha distinguido por el gran impulso que ha recibido el tratamiento de la discapacidad y, más aún, por el cambio de concepción que se ha producido respecto a las personas que tienen una discapacidad y el papel que corresponde a los poderes públicos en la realización de sus derechos y la preservación de su dignidad.

El siglo XXI, continúa el autor, marca un punto de inflexión sin vuelta atrás, bajo el protagonismo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 e incorporada en la actualidad al ordenamiento interno de más de 150 países<sup>1</sup>. La idea de “integración” deja paso a la de “inclusión”, con una filosofía diferente, en la que la discapacidad se define como una situación que resulta de la interacción entre las personas con diferentes niveles de funcionamiento y un entorno social que opone barreras que limitan o impiden su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Es quiere decir que el foco del problema se pone en la sociedad, con sus dificultades para interactuar con las personas con discapacidad, y no en éstas, que son, como las demás, seres humanos titulares de derechos fundamentales, entre otros, el derecho a la igualdad de oportunidades.

De acuerdo con Asís (2016: 51), más allá del discurso sobre los derechos de las personas con discapacidad, la accesibilidad es una idea esencial en el ámbito de cualquier derecho y, por tanto, en el de los derechos humanos. Lo es no porque lo diga una norma sino por razones conceptuales. Si se consideran los derechos humanos como instrumentos que protegen o facilitan bienes para el desarrollo de una vida humana digna, parece indudable pensar que un requisito imprescindible para la satisfacción de ese derecho es que ese

<sup>1</sup> La Convención cuenta con 159 signatarios, 92 signatarios del Protocolo Facultativo, 156 ratificaciones de la Convención y 86 ratificaciones del Protocolo. <http://www.un.org/disabilities/documents/maps/enablemap.jpg>

bien sea accesible. Sin accesibilidad no hay satisfacción del derecho.

Martínez-Pujalte (2015) aborda cuestiones pendientes en cuatro derechos fundamentales que de forma histórica y sistemática han sido y son todavía negados a las personas con discapacidad: el derecho a la vida en relación al denominado aborto eugenésico, el derecho a la integridad física desde la esterilización forzosa, el derecho de participación política desde la negación de su titularidad o ejercicio, y por último, avanza en las líneas del derecho a la educación inclusiva frente a la segregación. El autor reivindica la mirada en el ser humano como fuente y origen de la dignidad, fundamento del ordenamiento jurídico y denuncia, jurídica y socialmente, la práctica inveterada de afirmar derechos para renglón seguido exceptuar de su goce, disfrute y ejercicio a las personas con discapacidad. Práctica que hunde sus raíces en entender la discapacidad como un problema personal, que afecta y debe resolver la persona, y no como una dimensión social, que muestra la responsabilidad de todos en nuestra conformación social y jurídica (Lidón, 2016: 186).

## **Marco conceptual en materia de derechos y discapacidad en España**

A efectos del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, el artículo 2 hace referencia a las siguientes definiciones:

2.a) Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

2.b) Igualdad de oportunidades: es la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o por razón de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, laboral, cultural, civil o de otro tipo. Asimismo, se entiende por igualdad de oportunidades la adopción de medidas de acción positiva.

2.c) Discriminación directa: es la situación en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de o por razón de su discapacidad.

2.d) Discriminación indirecta: existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente

- no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.
- 2.e) Discriminación por asociación: existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad.
- 2.f) Acoso: es toda conducta no deseada relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.
- 2.g) Medidas de acción positiva: son aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad.
- 2.h) Vida independiente: es la situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad.
- 2.i) Normalización: es el principio en virtud del cual las personas con discapacidad deben poder llevar una vida en igualdad de condiciones, accediendo a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de cualquier otra persona.
- 2.j) Inclusión social: es el principio en virtud del cual la sociedad promueve valores compartidos orientados al bien común y a la cohesión social, permitiendo que todas las personas con discapacidad tengan las oportunidades y recursos necesarios para participar plenamente en la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, y para disfrutar de unas condiciones de vida en igualdad con los demás.
- 2.k) Accesibilidad universal: es la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.
- 2.l) Diseño universal o diseño para todas las personas: es la actividad por la que se conciben o proyectan desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, programas, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El «diseño universal o diseño para todas las personas» no excluirá los productos de apoyo para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando lo necesiten.
- 2.m) Ajustes razonables: son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requie-

ran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.

2.n) Diálogo civil: es el principio en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas, en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad, las cuales garantizarán, en todo caso, el derecho de los niños y las niñas con discapacidad a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.

2.o) Transversalidad de las políticas en materia de discapacidad: es el principio en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las Administraciones Públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad.

Por otra parte, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante Convención o CDPD), ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 (BOE nº 96, de 21 de abril de 2008), explicita el contenido y alcance de algunos conceptos como comunicación, lenguaje, discriminación por motivos de discapacidad, ajustes razonables y diseño universal. Con estas definiciones aporta claves interpretativas al apoyo y protección, en condiciones de igualdad, de todos los derechos contenidos en la Convención.

El propósito de la CDPD es *“promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”*.

En su artículo 1º señala que *“las personas con discapacidad incluyen aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.”*

La discapacidad, desde un enfoque de derechos humanos y siguiendo la CDPD, se define como la interacción entre deficiencia y barrera (gráfico 1). Esto significa que la discapacidad no es un atributo de la persona, sino que en ella encontramos la dimensión biológica (la deficiencia) y la dimensión social (las barreras).



*Gráfico 1. Definición de la Discapacidad de conformidad a la CDPD. Fuente: Lidón (2011)*

La Convención, al asumir y defender el modelo de derechos humanos de la discapacidad, da un giro: se pasa de asumir como natural la exclusión debido a la discapacidad, a comprender que ésta debe ser tomada en cuenta para garantizar los derechos. Implica, por tanto, re-escribir la realidad incorporando la dimensión de la discapacidad: atendiendo a la deficiencia y eliminando la barrera (Lidón, 2014)

Así mismo, la CDPD define el concepto de discriminación por motivo de discapacidad protegiendo, no solo a la persona que tenga discapacidad, sino a cualquier persona que en relación con la discapacidad pueda ser discriminada por dicho motivo (por ejemplo, por tener un descendiente o ascendiente con discapacidad). Incluye dos elementos fundamentales de la lucha contra la discriminación: los ajustes razonables y el diseño universal. La Convención establece que:

“discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

## **Marco normativo general en materia de derechos y discapacidad**

La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, fue la primera ley aprobada en España dirigida a regular la atención y los apoyos a las personas con discapacidad y sus familias, en el marco de los artículos 9, 10, 14 y 49 de la Constitución Española, y supuso un valioso avance para la época.

Dicha Ley 13/1982 participaba ya de la idea de que el amparo especial y las medidas de equiparación para garantizar los derechos de las personas con discapacidad debía basarse en apoyos complementarios, ayudas técnicas y servicios especializados que les permitieran llevar una vida normal en su entorno. Estableció un sistema de prestaciones económicas y servicios, medidas

de integración laboral, de accesibilidad y subsidios económicos, y una serie de principios que, a la postre, se incorporaron a las leyes de sanidad, educación y empleo.

La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, supuso un renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad, centrándose en dos estrategias de intervención: la lucha contra la discriminación y la accesibilidad universal.

La propia Ley 51/2003 preveía el establecimiento de un régimen de infracciones y sanciones que se hizo realidad con la aprobación de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Finalmente, quedan derogadas estas tres leyes y cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Es el texto normativo que refunde bajo los principios de la Convención las tres leyes programáticas de la discapacidad: la Ley 13/1982, de 7 de abril; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre.

Este Real Decreto Legislativo se dicta en aplicación de lo previsto en la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.a) el texto normativo 1/2013 tiene por objeto:

Garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

Del mismo modo, la Agenda 2030 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible es un compromiso mundial para que la igualdad sea una realidad que permee en toda la humanidad y sin duda una oportunidad excepcional para catalizar, la todavía precaria situación, de los derechos de las personas con discapacidad incluido el de la vivienda. (Olea y Martín, 2019).

Además de lo anterior, es preciso destacar en la configuración del marco legislativo de los derechos de las personas con discapacidad, la Ley 27/2007,



de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, que reconoce el derecho de libre opción de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas al aprendizaje, conocimiento y uso de las lenguas de signos españolas, y a los distintos medios de apoyo a la comunicación oral, lo que constituye un factor esencial para su inclusión social.

En el marco europeo, López-Veigas (op. cit.), señala que el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación ha sido el punto de partida del reconocimiento de los derechos y libertades. El Consejo de Europa, a partir de su elaboración de la Convención Europea de Derechos Humanos, declara, sin referencia expresa a la discapacidad, que “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

En el marco de la Unión Europea resultó decisivo para el movimiento asociativo de las personas con discapacidad el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997 cuya entrada en vigor es el 1 de mayo de 1999; por vez primera se asientan los cimientos jurídicos en materia de no discriminación por razón de discapacidad.

El escenario internacional en el que se desenvuelve la regulación de la discapacidad viene presidido, según López-Veigas (op. cit.), por el reconocimiento internacional de los derechos humanos –entre ellos la igualdad y la no discriminación– y el compromiso de defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la justicia social y la dignidad de la persona.

Estas ideas se reproducen en los preámbulos y articulado de varios documentos internacionales: la Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco el 26 de junio 1945 con entrada en vigor el 24 de octubre del mismo año; la Declaración Universal de Derechos Humanos (Apartado A de la Resolución 217 (III)); la Carta Internacional de los Derechos del Hombre, aprobada en París el 10 de diciembre de 1948); la Declaración de los Derechos del Niño (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su resolución 1386 (XIV), el 20 de noviembre de 1959); la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (aprobada por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre 1965, con entrada en vigor el 4 de enero de 1969); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobados por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966, cuya entradas en vigor se hicieron efectivas el 3 de enero de 1976 y el 23 de marzo de 1976, respectivamente); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (aprobada por la Asamblea General en su resolución 34/180, el 18 de diciembre de 1979, entrando en vigor el 3

de septiembre de 1981); y la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (aprobada por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, con entrada en vigor el 26 de junio de 1987)

Una de las primeras referencias en los textos internacionales a la discapacidad se realiza a propósito del reconocimiento de derechos a determinados grupos, como la consideración de la discapacidad en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (aprobada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, con entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990).

Por último, es preciso destacar la CDPD, que supone la consagración del enfoque de derechos de las personas con discapacidad, de modo que considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo. La CDPD es el marco de derechos humanos que trata de subvertir la situación de exclusión y discriminación de las personas con discapacidad frente a las múltiples barreras que vulneran sus derechos.

Es la respuesta, en clave internacional y de derechos humanos, a la situación de invisibilidad y desprotección de las personas con discapacidad

## **Magnitudes e indicadores de la discapacidad en España**

La Encuesta sobre Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia (EDAD) es una operación estadística realizada por el Instituto Nacional de Estadística en el año 2008 (INE, 2008). Estima que en España residen 3.847.900 personas que declaran tener al menos una discapacidad, lo que supone el 8,5% de la población. Estas cifras revelan la siguiente radiografía:

- a) Sobre un total de 3,3 millones de hogares españoles, en uno de cada cinco vive al menos una persona con discapacidad.
- b) Por sexo, más de 2,30 millones son mujeres frente a 1,55 millones de hombres.
- c) En España existen 60.400 niños y niñas con limitaciones en edades comprendidas entre 0 y 5 años, de los que 36.400 son niños y 24.000 niñas; y 78.300 niños y niñas con algún tipo de discapacidad, entre 6 y 15 años, de los que 50.600 son niños y 27.000 niñas.
- d) Los problemas de movilidad son el primer tipo de discapacidad tanto para mujeres como para hombres.
- e) Dentro del grupo de movilidad, la restricción de desplazarse fuera del hogar afecta a dos de cada tres personas con problemas de movilidad.
- f) El 74% de las personas con discapacidad afirman tener dificultades para las actividades básicas de la vida diaria.
- g) Las deficiencias de articulaciones y huesos causan discapacidad a 1,5 millones de personas. Las deficiencias más frecuentes en las personas de seis y más años con discapacidad son las que afectan

a los huesos y articulaciones (un 39,3%), las del oído (un 23,8%), las visuales (un 21,0%) y las mentales (un 19,0%).

h) En las mujeres destacan los problemas osteoarticulares, cuya presencia es más del doble que la de cualquier otro grupo de deficiencia. Le siguen las del oído (2,4%), las visuales (2,3%) y las mentales (1,9%).

i) En el caso de los hombres las principales deficiencias son de huesos y articulaciones (afectan al 2,0%), seguidas del oído (1,8%), mentales (1,5%) y visuales (1,4%).

Otra fuente para cuantificar al colectivo de personas con discapacidad es la Base Estatal de Personas con Discapacidad (BEPD) (IMSERSO, 2019). Los registros se obtienen de las valoraciones de la discapacidad que se llevan a cabo en las distintas Comunidades Autónomas a petición de los ciudadanos que desean obtener el Certificado de Discapacidad, constituyéndose éste en el reconocimiento administrativo de la discapacidad a partir del cual se puede optar a determinados derechos y prestaciones que compensen las desventajas sociales por razón de la discapacidad. La BEPD, con datos actualizados a 31/12/2017, contiene un total de 3.177.531 registros relativos a personas que, efectuada la valoración de su discapacidad igual o superior al 33%, han resultado con la consideración de personas con discapacidad. De ellas 1.596.114 son hombres y 1.581.417 son mujeres.

De este modo, se puede considerar que la población con discapacidad se sitúa entre los 3,85 millones de la EDAD (2008), y los 4,2 millones de la BEPD (2017), de los cuales 3,2 millones lo son fehacientemente, al tener un reconocimiento administrativo de la discapacidad.

## **Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2019**

El Informe España de Derechos Humanos y Discapacidad correspondiente al año 2019 ha sido elaborado por la Delegación del CERMI para los Derechos Humanos y para la Convención de la ONU. La información contenida en esta publicación ofrece una imagen nítida y ajustada a la realidad de los derechos de las personas con discapacidad en 2019 y permite sobre esta base orientar la legislación, las políticas públicas y la acción de todas las administraciones y operadores privados y cívicos, pues todos están concernidos y vinculados por este tratado internacional de derechos humanos. El Informe fue aprobado por el Comité Ejecutivo del CERMI el 14 de mayo de 2020. El Informe España 2019 da cuenta de la consecución de la CDPD en España. La Convención es una Ley Española al amparo del artículo 96 de la Constitución Española. Tal y como se recoge en el propio Informe (CERMI, 2020)

*“La sociedad civil de las personas con discapacidad y sus familias, articuladas en torno al CERMI Estatal, toma una vez más la voz como agente crítico, beligerante pero también propositivo y riguroso para denunciar los déficits en materia de inclusión y para aplaudir aquellas conquistas que se han alcanzado a lo largo*

*del pasado año para situar a las personas con discapacidad en estándares de plena ciudadanía” (CERMI. Informe España, 2019: 9).*

Dada la extensión del Informe (CERMI, 2020: 565 páginas), a continuación, se mencionan algunas de las recomendaciones realizadas por el Comité al Estado parte, medidas que deben adoptarse con carácter urgente.

## **Educación**

Preocupa al Comité que el Estado parte apenas haya avanzado en cuanto a la educación inclusiva, y el hecho de que no exista una política y un plan de acción claros para promover ese tipo de educación. Le preocupa que persistan todas las disposiciones reglamentarias sobre la educación especial y se siga aplicando un enfoque médico de la discapacidad. Al Comité le preocupa también que un elevado número de niños con discapacidad, en particular con autismo, discapacidad intelectual o psicosocial y discapacidades múltiples, sigan recibiendo educación especial segregada. El Comité recomienda al Estado parte que formule una política integral de educación inclusiva acompañada de estrategias para promover una cultura de inclusión en la enseñanza general, que comprenda la realización de evaluaciones individualizadas y basadas en los derechos humanos de las necesidades educativas y los ajustes necesarios, la prestación de apoyo a los docentes, el respeto de la diversidad para garantizar el derecho a la igualdad y la no discriminación, y la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la sociedad (CERMI, 2020: 542-543).

## **Protección de la integridad personal**

El Comité insta al Estado parte a que derogue el artículo 156 de la Ley Orgánica núm. 10/1995 a fin de acabar por completo con la práctica de la esterilización forzada de personas con discapacidad, así como con los tratamientos médicos y las investigaciones que se administren o realicen sin el consentimiento pleno e informado del afectado (CERMI, 2020: 538).

## **Conclusiones Finales**

Estas son sólo algunas de las conclusiones recogidas en el Informe España 2019.

El CERMI, en calidad de mecanismo independiente y como institución nacional de derechos humanos en el ámbito de la discapacidad, pretende que con ellas se contribuya a *“identificar y reparar aquellas queiebras significativas que impiden el disfrute de los derechos humanos a las personas con discapacidad y también para reseñar y saludar aquellos avances que como país se han conquistado” (p. 557)*

## **Igualdad de oportunidades**

El año 2019 arroja un saldo negativo para la igualdad de oportunidades.

24 denuncias, según el Informe, confirman que la discriminación interfiere de manera estructural y sistemática en la vida de las personas con discapacidad.

## **Desigualdad y pobreza**

La exclusión social, la desigualdad, así como los riesgos de pobreza están íntimamente relacionados con el fenómeno de la discapacidad.

Las tasas de pobreza y exclusión entre las personas con discapacidad son abiertamente mayores que las del resto de la población, manifestando la extrema vulnerabilidad social que trae consigo la discapacidad.

Albor (2020) señala que tanto el discurso político de las entidades representativas de la discapacidad, como la literatura científica al uso vienen poniendo de manifiesto la íntima relación entre discapacidad y exclusión social (Anaut et al., 2017) en la que la primera, sin los apoyos adecuados, sería, entre otras, causa de la segunda. Los datos relativos al 2018, según Albor (op. cit.), cifran que un 18,4% de la población residente en España está en situación de exclusión social; también revelan que dicha situación es especialmente dolosa en el caso del colectivo de personas con discapacidad.

La exclusión social impacta en el 30% de las personas con discapacidad, y corrobora, como vienen denunciando las principales plataformas de la discapacidad, que sí existen diferencias significativas entre tener o no una discapacidad a la hora de analizar la exclusión social y realizar políticas de lucha en su contra.

## **Infancia y discapacidad**

Precaria realidad de la infancia con discapacidad, desprotegida ante la violencia y los abusos, con escasos recursos sociosanitarios que merman su habilitación y en la que se alimentan políticas segregadoras y de institucionalización que los condenan, sin culpa, a un desarraigo social que marcará para siempre su itinerario vital (CERMI, 2020: 558).

## **Accesibilidad**

El Informe pone de manifiesto que la accesibilidad, elemento esencial en el disfrute de todos los derechos humanos, sigue sin asumirse. Los déficits de accesibilidad dejan en suspenso el derecho a la movilidad, a la educación, a la salud y a contar con una tutela judicial efectiva de estas personas. Sin accesibilidad se convierten en ciudadanos de segunda (CERMI, 2020: 559).

## **Libertad**

La libertad, en el caso de las personas con discapacidad, se resiente de forma estructural por políticas que abogan por la institucionalización frente a dispositivos orientados a la vida independiente y a ser incluidos en la comuni-

dad (CERMI, 2020: 559).

## **Mujeres y niñas con discapacidad**

Preocupa la situación de las mujeres y niñas con discapacidad psicosocial. Se conoce poco la gama de riesgos que corre la salud mental de las mujeres por efecto de la estigmatización y rechazo por motivo de género, de violencia, de pobreza y de otras formas de privaciones sociales, provocando un trato negligente, cuando no su condena al abandono. Así mismo, se precisa solicitar que el personal médico y sanitario tome conciencia y se forme sobre la realidad de las mujeres con discapacidad para recibir una atención de calidad, sin dejar de lado su capacidad para tomar decisiones sobre su propio cuerpo y salud (CERMI, 2020: 560).

## **Violencia y abuso**

En el año 2019 se constata que las mujeres con discapacidad siguen siendo vulnerables a las agresiones, de manera que un 23% sufre violencia machista, o bien, una mujer siga sufriendo agresión sexual o delitos de odio (CERMI, 2020: 561).

## **Libertad de expresión**

La libertad de expresión y de opinión no están garantizadas, para cuando las propias campañas institucionales carecen de accesibilidad y cuando tenemos personas encerradas en instituciones (CERMI, 2020: 561).

## **Derecho a la educación**

Enquistado empeño en denegar ajustes razonables y no reparar los déficits de accesibilidad en los centros educativos; trabas y vetos a estos estudiantes para titular; frustración de estos alumnos a la hora de acceder y permanecer en la universidad; inacción para garantizar la educación inclusiva (CERMI, 2020: 561).

## **Derechos económicos, sociales y culturales**

Se siguen confirmando casos de quiebras en el derecho humano a la vivienda, con personas encerradas en sus hogares por falta de accesibilidad, el impacto de la pobreza energética en las personas con discapacidad y la débil protección social a las familias con hijos con discapacidad.

Sanciones a empresas por no cumplir la cuota de reserva a la contratación; litigios de las personas con discapacidad para mantener sus derechos intactos en oposiciones o bolsas de trabajo.

La salud se resiente y se viola, cuando hay injerencias en los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad, cuando se carece

de una estrategia de salud mental, y cuando la atención a personas con TEA, Enfermedades Raras o daño cerebral presenta déficits significativos.

En la Cultura, existen leyes como de la del cine que no contempla cuestiones básicas como el subtítulo, audiodescripción o lengua de signos para que personas sordas y ciegas disfruten del cine español, o tarifas que no han considerado la realidad de las personas con discapacidad a la hora de visitar los monumentos nacionales (CERMI, 2020: 561-562).

## Conclusiones

A través del Informe España 2019, Derechos Humanos y Discapacidad, el CERMI *traslada ante los poderes públicos, los distintos agentes y operadores y la sociedad, mediante propuestas constructivas, articuladas y contrastadas técnicamente, las necesidades y demandas del grupo de población de la discapacidad, asumiendo y encauzando su representación, convirtiéndose en interlocutor y referente del sector para promover la no discriminación, la igualdad de oportunidades, la emancipación social y, en general, la mejora de las condiciones de vida de las ciudadanas y ciudadanos españoles con discapacidad y de sus familias* (CERMI, 2020: 13).

## Bibliografía

ALBOR, J. “Panorama de la discapacidad en España: pobreza y exclusión social”. En CERMI, **Derechos Humanos y Discapacidad – Informe España 2019** (pp. 456-457). Cinca: Madrid. 2020.

ANAUT, S. et al. “La exclusión social, una problemática estructural entre las personas con discapacidad”. **Áreas. Revista Internacional de Ciencias Sociales**, 36: 171-186. 2017.

ASÍS, R. de. El eje de la accesibilidad y sus límites. **Anales de Derecho y Discapacidad**, 1, 51-67. 2016.

BARTON, L. (Comp.) **Discapacidad y sociedad**. Morata: Madrid. 1998.

CERMI (2020). **Derechos Humanos y Discapacidad – Informe España 2019**. Cinca: Madrid. <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/novedades/Informe%20Espa%C3%B1a%202019.pdf>

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

ESPAÑA. INSTRUMENTO de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Boletín Oficial del Estado, 21 de abril de 2008, núm. 96, pp. 20648-20659.

ESPAÑA. Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Boletín Oficial del Estado, 2 de agosto de 2011, núm. 184, pp. 87478 a 87494.

ESPAÑA. Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos. Boletín Oficial del Estado, 30 de abril de 1982, núm. 103. [Disposición derogada]

ESPAÑA. Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Boletín Oficial del Estado, 03 de diciembre de 2003, núm. 289. [Disposición derogada]

ESPAÑA. Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Boletín Oficial del Estado, 27 de diciembre de 2007, núm. 310. [Disposición derogada]

ESPAÑA. Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. Boletín Oficial del Estado, 24 de octubre de 2007, núm. 255, pp. 43251 a 43259. Texto Consolidado. Última modificación: 2 de agosto de 2011.

ESPAÑA. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Boletín Oficial del Estado, 03 de diciembre de 2013, núm. 289, pp. 95635 a 95673.

IMERSO. **Base estatal de datos de personas con valoración del grado de discapacidad.** [https://www.imerso.es/InterPresent1/groups/imerso/documents/binario/bdepcd\\_2017.pdf](https://www.imerso.es/InterPresent1/groups/imerso/documents/binario/bdepcd_2017.pdf). 2019.

INE **Encuesta sobre Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia.** 2008. [https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176782&menu=resultados&sec-c=1254736194716&idp=1254735573175#!tabs-1254736194716](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176782&menu=resultados&sec-c=1254736194716&idp=1254735573175#!tabs-1254736194716)

Lidón, L. (2011). La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ¿Por qué una toma de conciencia?: Una propuesta para los medios de comunicación. Ramón Areces, Madrid.

LIDÓN, L. “La transversalidad de la discapacidad en los principios rectores y en el plan nacional español sobre empresas y derechos humanos”. En C. Márquez (Ed.), **España y la implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: oportunidades y desafíos** (pág. 393). Barcelona: Huygen. 2014.

LIDÓN, L. Derechos fundamentales y discapacidad. (Reseña). **Anales de Derecho y Discapacidad**, 1, 185-189. 2016.

LÓPEZ-VEIGA, J. Pasado y presente del marco normativo global de la discapacidad. **Anales de Derecho y Discapacidad**, 1, 29-50. 2016.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L. **Derechos fundamentales y discapacidad.** Cincua: Madrid. 2015.

MIRANDA, J. La accesibilidad universal y su gestión como elementos imprescindibles para el ejercicio de los derechos fundamentales. **Anales de Derecho y Discapacidad**, 1, 89-107, 2016.

OLEA, S. y MARTÍN, J. La vivienda: un derecho humano lejano a las personas con discapacidad en España. **Anales de Derecho y Discapacidad**, 4, 49-66, 2019.



# DEMOCRACIA, GOVERNANÇA E PARTICIPAÇÃO SOCIAL

**Flavia do Espírito Santo Batista**

Mestranda em Direito Público pela Universidad de Sevilla  
Advogada da União, Brasil

**Maurício Macagnan da Silva**

Mestrando em Direito Público pela Universidad de Sevilla  
Advogado da União, Brasil

## Resumo:

O presente trabalho discorrerá, em breves linhas, sobre os mecanismos digitais que atualmente colaboram com a efetividade da democracia participativa. Para tanto, será feito um caminho pela história, iniciando-se pelas antigas estruturas democráticas da Grécia, tendo-se como ponto de chegada os novos parâmetros de participação democrática, sob a nova perspectiva da integração das redes sociais, dos cidadãos e do poder público.

**Palavras-chave:** Democracia; Participação social; Governança; Políticas públicas; Redes sociais.

## Introdução

No período histórico consentâneo às duas grandes guerras mundiais, o *Direito* reduzia-se ao conjunto de leis (*im*)postas pelo legislador. Tal panorama mundial vem a se modificar com a derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, movimentos estes que ascenderam ao poder sob o respaldo das constituições de seus países.

Trilhando este mesmo caminho, foram escritas as novas *Cartas Magnas*, agora inspiradas no princípio da responsabilidade política e jurídica, na separação dos poderes, na garantia jurídica dos direitos civis e no controle periódico dos governantes através de eleições livres mediante sufrágio universal.

Após a falência do Estado liberal, observou-se o prestígio do modelo social, o qual se firmava a partir da revalorização dos clássicos direitos individuais de liberdade. Seria bom lembrar que a terminologia *Estado de Direito* alcançou maiores contornos na segunda metade do século XVIII e início do XIX, com o surgimento da doutrina liberal, encampada pela Revolução Ame-

ricana e pela Revolução Francesa, as quais vieram a consolidar um processo iniciado anteriormente de limitação do poder estatal frente aos indivíduos. Assim, as autoridades detentoras do poder estatal passam a ter seu arbítrio limitado por princípios como o da legalidade, da liberdade e da igualdade individuais.

Neste compasso, a proteção dos direitos dos cidadãos foi consagrada sob a égide do Estado Liberal e foi aperfeiçoada quando do surgimento do Estado do Bem-Estar Social, ocasião em que os direitos sociais e da coletividade ganharam evidência na ordem jurídica.

Sob esta conjuntura histórica, o Estado Social representava efetivamente uma transformação superestrutural do Estado liberal, por buscar a superação das desigualdades sociais. Fez-se, então, uma releitura dos primeiros direitos garantidos formalmente (liberdade e propriedade), amoldando-se à nova demanda social. SARLET (2007)<sup>1</sup> traduz com maestria esta evolução entre o paradigma do estado liberal e a nova roupagem dada ao Estado Social:

A nota distintiva dos direitos sociais é sua dimensão positiva, uma vez que não mais estamos diante de situações nas quais o que se busca é evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual; pelo contrário, o que se pretende, com o reconhecimento dos direitos sociais, é a garantia de participação do indivíduo no bem-estar social. Não se cuida mais, portanto, de liberdade *'do'* e *'perante'* o Estado, e sim de liberdade *'por intermédio'* do Estado.

Com o caminhar dos anos e as transformações vividas pela sociedade, a *fórmula* do Estado de *Direito*, plasmada na simples vinculação do poder do Estado ao Direito, tornou-se insuficiente diante do *poli-centrismo* das sociedades plurais. Abandonou-se, assim, o formalismo da lei para se mergulhar na efetividade da norma, na tentativa de enfrentar os anseios de uma sociedade estratificada (econômica e socialmente), que começava a se ver como atora-coadjuvante da tomada de decisões políticas. Nascia assim um novo espectro de democracia, que tinha na representatividade sua pedra de toque.

Em continuidade ao tema aqui versado, parte-se para uma análise da democracia, de suas características e dos modelos teóricos apresentados na doutrina, bem como dos novos parâmetros da democracia representativa, modelo atualmente predominante nas democracias ocidentais, apesar dos crescentes sinais de seu esgotamento, devido à crise de legitimidade, em relação aos modelos participativos<sup>2</sup> e às formas de conferir legitimidade à atuação representativa.<sup>3</sup>

1 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.56/57.

2 CASTELLS, Manuel. *Ruptura: Uma crise da democracia liberal*. Zahar, Rio de Janeiro -Brasil (2018). p. 7

3 Como Zagrebelsky ensina, quando uma ideia é decisiva e viva, ela é amplamente aceita e até dispensa a coisa em si. ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *A lei do uso: Lei, direitos, justiça*. Editorial Trotta, Madrid (2019). p. 9.

O Estado e a Administração Pública, como partes integrantes da sociedade, não ficam imunes às mudanças estruturais suportadas nos últimos séculos e, em especial, nas duas últimas décadas. Percebe-se, desta forma, que a relação entre administrador e administrado sofreu tamanha alteração em sua essência, com a diminuição da sujeição inerente à *impositividade* do Estado, principalmente nos últimos anos do século XX, quando o desenvolvimento tecnológico permitiu contato mais direto entre estas partes, o que, de certo modo, ampliou a consciência do cidadão como detentor de direitos positivos perante o Estado.

Impende destacar que as novas tecnologias, como as redes sociais, igualmente modificaram a relação entre o cidadão e o Estado, possibilitando a participação da população de forma mais direta e eficaz, o que significou tanto uma evolução quanto um complemento ao modelo de democracia representativa.

Nesta senda, a democracia participativa, potencializada por novas tecnologias de informação e comunicação, poderá contribuir no âmbito da participação e da legitimidade cidadã. Como muito se fala, estamos na *era da democracia digital*.

Contudo, se por um lado os ganhos são evidentes, por outro, o alerta à manipulação das *redes* deve ser constante, para coibir abusos e o próprio desvirtuamento da participação democrática. Como já pontuado, a proposta de trabalho é apresentar a ideia de construção e controle de políticas públicas de forma democrática, permitindo-se que os interessados atuem ativamente, de forma a influenciar e a moldar a atuação das autoridades responsáveis.

Pois bem. Feita esta primeira aproximação às nossas ideias e à problemática posta, passa-se ao desenvolvimento textual do presente artigo.

## A ideia de Democracia

A primeira ideia quando nos debruçamos sobre o tema democracia nos rememora à Grécia, à chamada democracia dos antigos, que foi exercida diretamente pelos cidadãos no processo de discussão e deliberação em um belo fórum denominado *Ágora*.<sup>4</sup> Decerto, ao analisar a experiência da democracia direta vivenciada nas cidades-estados, nota-se que a participação da sociedade era muito restrita, ou seja, a base dos modelos democráticos atuais, que é a inclusão social, não estava presente.

A experiência da República Romana (509 a.c.-27 a.c.), que perdeu por mais anos do que a experiência grega, também agregou conceitos importantes ao aprimoramento das formas de exercício do poder, especialmente no que toca ao cerne do debate político.<sup>5</sup>

4 PIERINI, Alexandre José. *Democracia duas antiguidades x democracia dois modernos – uma revisão da literatura*. Revista Semina: Ciências Sociais e Humanas, Londrina, n. 2, pp. 124-134.

5 *Quod omnes tangit al omnibus approbetur. O que diz respeito a todos, deve ser aprovado por todos*. Tradução dos autores. *Vid* CASSESE, Sabino. *La democrazia e i suoi limiti*, Mondadori, Minalo, 2019.

Foi no norte da Europa onde surgiram as primeiras estruturas das assembleias locais e eleições representativas, bem como a experiência das cidades livres, do mesmo modo que a ordem republicana que se desenvolveu na Itália e na Alemanha no final da Idade Média. A liberdade e o direito de autogoverno, dentro de um quadro de poder distribuído entre vários componentes sociais, se encontrava presente nestes sistemas democráticos, mas lhes faltava o que SALVADORI (2016)<sup>6</sup> aponta como o princípio máximo da democracia, que era a igualdade jurídica entre os cidadãos e a possibilidade de todos chegarem ao poder (em outras palavras, de serem eleitos).

Caminhando-se um pouco apressadamente entre os séculos, chegamos ao século XVIII, momento histórico no qual a democracia passa a ser entendida como um meio de alcançar decisões políticas que resguardem o bem comum. A manifestação do povo é refletida na escolha de representantes que atenderão as suas vontades. Para SCHUMPETER (1961), a alteração fundamental nesta concepção está na escolha do representante político pelo cidadão, que se torna eleitor, sendo este ato, muitas das vezes, sua única participação no processo de tomada de decisão moderno.<sup>7</sup> Atentando-se novamente ao momento histórico delineado, é inegável que a democracia representativa é inerente às sociedades modernas, pois indica uma participação mais ativa dos cidadãos nas matérias de competência do Estado.<sup>8</sup>

Como ressalta Alessandra Algostino<sup>9</sup>, o termo *Participatory Democracy* foi estabelecido nas décadas de 60 e 70 do século passado como parte de um movimento conhecido como *nova esquerda*<sup>10</sup> que, com base na soberania popular e nos direitos inerentes a ela - tais como o direito de reunião e livre associação - formou-se a base para a participação social.

A concepção de democracia elaborada por SCHUMPETER (1961) articula em torno do protagonismo do povo, da delegação e da representatividade, capaz de produzir uma vontade coletiva, alicerçada na noção de soberania popular do governo do povo, para o povo e pelo povo. Contudo, para fazerem sentido as palavras *delegação* e *representação*, tais conceitos devem referir-se não ao cidadão isolado, mas ao povo em geral, que delegara seu poder ao Parlamento, órgão do estado que o representaria<sup>11</sup>.

6 SALVADORI, Massimo L.: *Democracia: Storia di un'idea tra mito e realtà*, Donzelli editore, Roma, 2016, p. 27.

7 SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Ed. Fundo de Cultura S/A, Rio de Janeiro, 1961, p. 300. Editado por George Allen e Unwin Ltd., traduzido por Ruy Jungmann. Tradução do original inglês *Capitalism, Socialism, and Democracy*.

8 SOUZA Santos, Boaventura E AVRITZER, Leonardo. "Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa". Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro (2002). p. 39.

9 ALGOSTINO, Alessandra. *Participatory democracy and its dark sides, in Federalismi.it* n. 12/2020. Turim. ISSN 1826-3534. <https://iris.unito.it/retrieve/handle/2318/1737769/608162/Participatory%20democracy%20and%20its%20dark%20sides%20-%20Federalismi%20-%202020.pdf>. Consulta em 18-11-2020.

10 *Vid*, Held, D. *Modelos de democracia* (3a ed.). Alianza. Madrid, 2007 (impreso em 2018). p. 32

11 *Vid*. SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. - Rio de Janeiro: Edi-

De mesma sorte, DAHL (1997)<sup>12</sup> considera que a democratização é composta por duas dimensões: contestação pública (liberalização) e direito de participação (inclusividade)<sup>13</sup>. Na medida em que um sistema se torna mais competitivo ou mais inclusivo, os políticos buscam o apoio dos grupos (estamentos sociais) que passam a poder participar mais ativamente da vida política<sup>14</sup>.

Pode-se, enfim, afirmar que o antigo ideal do *governo das leis* encontrou no constitucionalismo moderno a sua forma institucional<sup>15</sup>. É evidente que próprio conceito de democracia é muito fluido, permitindo-se uma ampla gama de realidades que podem ser enquadradas em maior ou menor medida nas distintas realidades sociais de países europeus, asiáticos ou latino-americanos. A princípio, todos concordam que a democracia deve ser exercida e almejada, apresentando-se elementos mínimos para sua implementação<sup>16</sup><sup>17</sup>, tais como eleições periódicas e livres, sufrágio universal, possibilidade de alternar poder com uma oposição interina, garantias na qualidade do voto (secreto, livre), liberdade de opinião de associação, entre outros.

De fato, o mundo passou por uma série de crises, sejam financeiras, ecológicas e agora sanitárias. Como ensina BOAVENTURA (2020), estamos vivendo em um estado de crise constante. Infelizmente, essa sequência de crises veio a justificar, em alguns países, a adoção de diversas medidas que permitiram, inclusive, movimentos impensáveis em regimes democráticos atuais, como, por exemplo, a redução dos direitos trabalhistas ou a precariedade do sistema de saúde ou educação.<sup>18</sup>

Portanto, a ideia de democracia é algo que deve ser estudado e vivenciado para reforçar sua importância, especialmente quando há sinais óbvios de erosão desta estrutura, pelo esgotamento do sistema representativo, mesmo em democracias tradicionalmente consolidadas.<sup>19</sup>

## A Participação Popular

Não seria demasiado asseverar que a participação popular é essencial para que a democracia alcance seus objetivos enquanto instituição presente

---

tora Fundo de Cultura, p. 300.

12 DAHL, Robert. *Poliarquia*. São Paulo: Edusp, 1997, p. 29

13 *ibidem*, *idem*.

14 *ibidem*, p. 43.

15 *ibidem*, p. 210.

16 Como Ensina Sabino Cassese: *Infatti il sostantivo "democrazia" si accompagna con una larga messe di aggettivi: rappresentativa, partecipativa, diretta, indiretta, deliberativa, liberal, socialista, capitalista ecc."*. Em. CASSESE, SABINO. *La democrazia e i suoi limiti*, Mondadori, Minalo, 2019.

17 Sobre os critérios que indicam a presença de um governo democrático DAHL, ROBERT. *Democracia*, Ariel, Barcelona, 2012 (impresso 2020). p. 44.

18 SOUZA Santos, Boaventura. *Uma cruel pedagogia do vírus*. Almedina. Lisboa, 2020. p 5. [http://www.abennacional.org.br/site/wp-content/uploads/2020/04/Livro\\_Boaventura.pdf](http://www.abennacional.org.br/site/wp-content/uploads/2020/04/Livro_Boaventura.pdf). Consulta em 19-11-2020.

19 CASTELLS, Manuel. *Ruptura: Uma crise da democracia liberal*. Zahar, Rio de Janeiro -Brasil (2018). p. 11.

nas constituições modernas. Assim, quanto mais qualificada é a participação social, maior é o *status* democrático alcançado. Experiências de democracia participativa, como forma de oxigenar o sistema representativo, quebrar a apatia social, estimula o compromisso dos indivíduos com os assuntos do Estado como parte de seu cotidiano, devem sempre ser estimuladas. Seria como retornar à *Ágora*, virtual, frente à nova era das redes sociais.

Por certo, historicamente, a democracia sempre foi requerida como garantia das liberdades individuais, não como um processo de formulação de políticas públicas *em si*, ou mesmo como uma forma de controle popular desse aludido processo. HABERMAS (1997) assevera que não houve mudança alguma no pensamento acerca da autonomia privada. No entanto, modificaram-se os contextos sociais nos quais deve realizar-se harmoniosamente a autonomia privada de cada um. Junto com sua autonomia privada, o indivíduo recebe o *status* de sujeito de direito; no entanto, esse status não se apoia somente na proteção de uma esfera de vida privada em sentido sociológico, mesmo que aqui seja o lugar onde a liberdade jurídica pode se comprovar como a possibilidade de liberdade ética.<sup>20</sup>

*E cá estamos.* Faz-se imperioso aferir como a participação democrática pode levar a uma melhor ação dos governos, que devem garantir as aspirações democráticas da população e os preceitos estabelecidos em suas Cartas Constitucionais. A pergunta que não pode calar é como a os cidadãos podem efetivamente influenciar as políticas públicas, desde sua definição até o controle de sua implementação.

A tímida participação do cidadão para além das eleições e da formação de uma “opinião pública” despersonalizada, é uma das características de um processo democrático representativo pouco atrativo, e muitas vezes tal isolamento político é utilizado como ferramenta para perpetuar grupos hegemônicos detentores de poder.

O modelo de democracia participativa, ao contrário, deveria propor alternativas que melhorassem a participação popular, ao fortalecer a representação política, através da qualificação do povo, de forma a admitir que a democracia é um processo evolutivo, que deve ser visto como *uma busca pela participação efetiva, finalizando-se assim um ciclo vicioso de apatia, desigualdade e desamparo, tão presente em sociedades desiguais como o Brasil e demais países da América Latina. A “homogeneização” dos representantes percebidos diariamente e a falta de empatia e confiança entre os representantes são características prejudiciais ao exercício dos processos democráticos.* Na definição de Pianta Corrá (2014), *a participação efetiva seria entendida como capacidade concreta, obtida de forma social, para atuar na direção de um verdadeiro poder decisório, onde a população possa se aproximar da esfera política e vivê-la em seu cotidiano.*<sup>21</sup>

20 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democrática: entre facticidade e validade*. Tradução Flavio Beno Siebeneichler. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 137.

21 *Vid.* PIANTA CORR’A, Gilson César, PIANTA CORRÊA, Gilson César. *Democracia digital: uma análise da percepção sobre a digitalização das práticas democráticas em Porto Alegre*. Tese

Impende observar que BOBBIO (1986)<sup>22</sup> pontua que os institutos da democracia representativa e da democracia direta não são opostos e podem coexistir perfeitamente. O que ocorrer é o aperfeiçoamento da democracia representativa. Sob este enfoque, é a participação cidadã, como um ato político coletivo, conforme definido por Ramirez Nardiz,<sup>23</sup> que deve galgar lugar de relevo no campo público.

Ademais, o surgimento de novas ferramentas de comunicação entre os cidadãos e o Poder Público amplia a possibilidade de participação na vida política do Estado. No que diz respeito às novas tecnologias de informação e comunicação, as quais serão abordadas de modo sucinto no próximo capítulo, a análise dos efeitos sobre a sociedade e a política baseadas em visões otimistas e pessimistas é essencial. A própria visão do direito em relação às Políticas Públicas evoluiu, passando-se de uma sequência de atos administrativos a um processo contínuo, articulado e dinâmico, em torno de propósitos previamente definidos pela sociedade.<sup>24</sup>

## **As Políticas Públicas e as Novas Tecnologias da Informação e Comunicação**

Por política pública pode-se definir “o programa de ação governamental resultante de um processo ou conjunto de processos legalmente regulamentados”. Trata-se de um processo de identificação do problema e de proposição de uma forma de resolvê-lo, tudo através de um procedimento previamente determinado e regulamentado por lei.<sup>25</sup>

As definições de ações a partir da identificação do objeto de política pública, dos objetivos a serem alcançados e do seu cumprimento, na perspectiva dos princípios que regem a administração pública, encontram na participação popular a cristalização das propostas de democracia participativa previamente debatidas, sendo de extrema importância para a concreção das atividades a serem implementadas o acompanhamento da execução das medidas adotadas, juntamente com a possibilidade de correção durante a atuação estatal, permitindo-se, mediante os meios tecnológicos disponíveis atualmente, a avaliação em tempo real as ações implementadas.

Partindo-se dessa premissa, a dimensão jurídica da política pública urge ser reafirmada pela legitimidade, pelo controle social e pela participação popular nas diversas etapas da discussão anteriores à execução pretendida<sup>26</sup>.

---

de doutorado em sociologia. Porto Alegre: programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS: 2014, p. 76.

22 BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. Fundo de Cultura Econômica. México. (1986), p. 39.

23 RAMÍREZ NARDIZ, Alfredo. *Democracia Participativa: a Experiência Espanhola Contemporânea*. Tese de doutorado. Universidade de Alicante. (2009).

24 Especificamente sobre mecanismos de autocorreção e avaliação, *ibidem*, p. 187.

25 BÚCCI, Maria Paula Dallari. *O básico para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 1. Ed., 2013. p. 76.

26 Como exemplo, temos o Código Iberoamericano de Boa Governança, de iniciativa do

Decerto, com o surgimento de novas tecnologias de informação e comunicação, a sociedade passou por uma mudança notável, que alterou não apenas os meios de produção de riqueza, como as relações interpessoais.

Essa verdadeira revolução na mídia reduziu distâncias, aumentou as interações entre indivíduos e/ou instituições, possibilitando a democratização da informação, ao criar infinitas novas possibilidades de comunicação. Por outro lado, demandas reprimidas foram postas em voga<sup>27</sup>. Entretanto, deve-se reconhecer que, juntamente com as vantagens do uso de tecnologias, surgem riscos decorrentes de possível manipulação dos sistemas telemáticos, colocando-se em xeque a realidade, ao passo que as decisões administrativas e políticas sejam tomadas em contrariedade ao interesse que se busca proteger, em razão do ponto de partida estar fixado em uma premissa inverídica.

Neste contexto de dualidade, as Novas Tecnologias da Informação e Comunicação (NTICs), passaram a integrar cada vez mais a vida participativa dos cidadãos, influenciando de modo inequívoco a relação entre os atores do processo democrático e, alterando a forma como os indivíduos se relacionam com o Estado.

Como base teórica, e seguindo os ensinamentos já citados de Ramírez Nardiz (2009), adotamos a definição de NTICs “*como aquele conjunto de inovações tecnológicas que facilitam a transmissão de informações de forma rápida e segura, permitindo assim o desenvolvimento de trocas humanas intelectuais e materiais. O exemplo essencial do NTIC seria a internet.*”<sup>28</sup>

Certo é que para que essa relação idealizada entre os cidadãos e a administração fosse possível, seria necessária a disponibilização ampla da informação, transparência e controle da atuação política do Estado, o que até recentemente era impensável.

Atualmente, as novas tecnologias de informação, por meio da *internet* e outros *streamings*, criaram novas possibilidades, não somente para as relações interpessoais, como para a participação na vida pública. Como ressalta CASTELLS (2013), foram criados mecanismos autônomos de comunicação, independentemente das redes tradicionais de informação.

Em mesma vertente, a proposta de avaliação contínua das políticas públicas, por meio de aplicativos, representa uma verdadeira evolução ao con-

---

Centro Latino-Americano de Desenvolvimento (Centro Latinoamericano para el Desarrollo), aprovado e assinado por diferentes países, latino-americanos e europeus, como Espanha e Portugal, atua como instrumento de orientação aos governos, com o objetivo de motivar novas estratégias para o desenvolvimento da Administração Pública. A nova gestão pública refere-se à implementação de um modelo que é como principal objetivo é a busca por maior eficiência e eficiência dos serviços públicos. Desta feita, faz-se necessário aprofundar a gestão dos órgãos governamentais, bem como consolidar os processos de descentralização, participação cidadã e responsabilidade pelos resultados no âmbito dos poderes públicos. <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Consenso-Buenos-Aires-07-2010-portugues.pdf>. Consulta em 19-11-2020.

27 O movimento *vidas negras importam* é um excelente exemplo. In <https://www.geledes.org.br/tag/vidas-negras-importam/>. Consulta em 20-11-2020.

28 RAMÍREZ Nardiz, *op. cit.* p. 137.



trole dos atos estatais, uma vez que o controle em tempo real das atividades facilita a correção de eventuais desvios ou ineficiências, antecipando-se às avaliações periódicas, evitadas de falhas e que acarretam danos e descrédito. Certamente, é um novo caminho a ser trilhado e sua irreversibilidade é inevitável.

## Considerações Finais

Vencido o despotismo político (da lei), trata-se agora de vencer a batalha contra o despotismo social. É preciso partir da descoberta da sociedade como lugar subjacente ao Estado, no qual o indivíduo desenvolve a sua própria personalidade e persegue os seus próprios interesses.<sup>29</sup>

Para tanto, é indispensável a participação dos indivíduos nas escolhas feitas pelo Estado-legislador, para que as normas produzidas alcancem a todos. Não se pode olvidar que os maiores obstáculos à implementação da real democracia representativa-participativa são a corrupção no meio político, a tensão entre o clientelismo político e o elitismo democrático.

Não menos importantes, a falta de organização política da população e a ausência de estruturas de representação específica para as minorias, também atuam negativamente à implementação de mecanismos efetivos à participação da sociedade do processo decisório governamental. Neste contexto, impedir que a atuação estatal esteja dissociada do real fim do Estado é o primeiro passo para alcançar a *verdade política*<sup>30</sup> e a proteção dos direitos inerentes aos indivíduos.

Sabe-se que quanto maior é a participação qualificada no processo democrático, também será maior o nível de representatividade atingido. São vastas as experiências de democracia participativa exitosas, como forma de oxigenar o sistema representativo, de quebrar a apatia social e de estimular o compromisso dos indivíduos com os assuntos do Estado.<sup>31</sup>

Seguindo-se, é inegável que o surgimento de novas tecnologias de informação e comunicação, originadas das redes sociais, alteraram a forma como os indivíduos se relacionam em todas as áreas da sociedade, incluindo a relação entre o governante e o governado, ou melhor dizendo, entre a administração pública e os cidadãos..

Além da simples digitalização dos processos judiciais e procedimentos administrativos, essas novas tecnologias abrem possibilidades para a implementação de modelos de gestão mais participativos, reduzindo-se as barreiras – sejam físicas ou econômicas – e promove-se a efetivação da democracia

---

29 Sobre a análise da importância do fator associativo como momento intermediário entre indivíduo e Estado, *Vid.* BOBBIO (1986), *op. cit.* 328.

30 *Vid.* ARENDT, Hannah. *Verdade e Política*. Lisboa: Lisboa Editora. 2005. Tradução comentários de Luís Lourenço.

31 As possibilidades proporcionadas por esta autonomia de organização foram reconhecidas pelos movimentos sociais que abalaram o planeta em 2013 e causaram profundas mudanças em vários cenários mundiais. *In* CASTELLS, Manuel. *Redes de Indignação e Esperança: movimentos sociais na era da internet*. Zahar, Rio de Janeiro -Brasil (2013). p. 134.

participativa.

Infelizmente, deve-se reconhecer que, juntamente com as vantagens do uso de tecnologias, os perigos de uma má utilização desta nova gama de informações igualmente podem surgir, decorrentes da possibilidade de manipulação de dados. Como forma de reduzir esses riscos, recomenda-se o aprimoramento normativo sobre o tema como ponto de partida, para que as condutas nocivas possam ser devidamente identificadas e seus autores sejam responsabilizados por seus atos.

Por fim, concluímos o presente estudo reforçando que todos os mecanismos que podem aumentar a participação democrática devem ser introduzidos no cotidiano da sociedade e da administração pública, de modo a fazer com que o processo democrático representativo seja verdadeiramente eficaz e inclusivo para a sociedade.

## Referências

ARENDDT, Hannah. **Verdade e Política**. Lisboa: Lisboa Editora, 2005. Tradução comentários de Luís Lourenço.

ALGOSTINO, Alessandra. **Participatory democracy and its dark sides**, in *Federalismi.it* n. 12/2020. Turim. ISSN 1826-3534.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Fundo de Cultura Econômica. México, 1986.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O básico para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 1. Ed, 2013.

CASTELLS, Manuel. Ruptura: **Uma crise da democracia liberal**. Zahar, Rio de Janeiro -Brasil, 2018.

CASSESE, SABINO. **La democrazia e i suoi limiti**, Mondadori, Minalo, 2019.

DAHL, Robert. **Poliarquia**. São Paulo: Edusp, 1997

\_\_\_\_\_. **Democracia**, Ariel, Barcelona, 2012 (impresso em 2020).

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democrática**: entre facticidade e validade. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Tradução Flavio Beno Siebeneichler.

HELD, D. **Modelos de democracia** (3a ed.). Alianza. Madrid, 2007 (impresso em 2018).

PIANTA CORR'A, Gilson César, PIANTA CORRÊA, Gilson César. **Democracia digital**: uma análise da percepção sobre a digitalização das práticas democráticas em Porto Alegre. Tese de doutorado em sociologia. Porto Alegre: programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS: 2014.

PIERINI, Alexandre José. Democracia duas antiguidades x democracia dois modernos – uma revisão da literatura. **Revista Semina**: Ciências Sociais e Humanas, Londrina, n. 2, pp. 124-134.

RAMÍREZ NARDIZ, Alfredo. **Democracia Participativa: a Experiência Espanhola Contemporânea**. Tese de doutorado. Universidade de Alicante, 2009.

SALVADORI, Massimo L.: **Democracia: Storia di un'idea tra mito e realtà**, Donzelli editore, Roma, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Ed. Fundo de Cultura S/A, Rio de Janeiro, 1961. Editado por George Allen e Unwin Ltd., traduzido por Ruy Jungmann. Tradução do original inglês Capitalism, Socialism, and Democracy.

SOUZA Santos, Boaventura, AVRITZER, Leonardo. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2002.

SOUZA Santos, Boaventura. **Uma cruel pedagogia do vírus**. Almedina, Lisboa, 2020. [http://www.abennacional.org.br/site/wp-content/uploads/2020/04/Livro\\_Boaventura.pdf](http://www.abennacional.org.br/site/wp-content/uploads/2020/04/Livro_Boaventura.pdf).

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A lei do uso: Lei, direitos, justiça**. Editorial Trotta, Madrid, 2019.

# DEFICIÊNCIA E RECONHECIMENTO LEGISLATIVO NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA

**Guilherme Carneiro Leão Farias**

Mestrando em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro,

Advogado da Petróleo Brasileiro S.A.

## **Resumo:**

O presente artigo tem por objetivo geral investigar o reconhecimento legislativo de categorias, subcategorias e espécies de incapacidades duradouras como deficiência na República Federativa do Brasil. A metodologia adotada é descritiva e quantitativo-qualitativa, eminentemente baseada em coleta de dados legislativos pela rede mundial de computadores. Os resultados obtidos numa amostra de 55 legislações internas indicam que dez categorias e subcategorias e 26 espécies de incapacidades duradouras têm ao menos um tipo de reconhecimento legislativo como deficiência baseado em critérios exclusivamente médicos. Ao final, conclui-se que, numa Federação com 5.598 entes autônomos, a persistência das ideias de essencialidade do reconhecimento legislativo e de exaustividade do rol de beneficiários contribui para a formação de um quadro de profunda desigualdade na elegibilidade às medidas da Política Nacional para a Inclusão das Pessoas com Deficiência.

**Palavras-chave:** Deficiente; Modelo Médico; Modelo Social; Necessidades especiais; Minorias.

## **Introdução**

O presente artigo tem por objetivo geral investigar o reconhecimento legislativo de categorias, subcategorias e espécies de incapacidades duradouras como deficiência na República Federativa do Brasil. Adota-se uma amostra de 55 legislações, emanadas da União (Federal e Nacional), dos 26 Estados-membros, do Distrito Federal e dos 26 Municípios-sede das Capitais dos Estados-membros. Os objetivos específicos são dois: identificar, nessa amostra, quantas e quais são as categorias, subcategorias e espécies de incapacidades duradouras com algum tipo de reconhecimento legislativo; e classificar esses reconhecimentos legislativos quanto ao âmbito de eficácia (nacional, federal ou subnacional), quanto à literalidade (explícito ou implícito) e quanto à ex-

tensão (irrestrito ou restrito).

A hipótese testada é a de que, a despeito da internalização da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Nações Unidas, Nova York, 2006) com *status* equivalente ao de emenda à Constituição, a legislação infraconstitucional brasileira ainda reflete o modelo individual ou médico ao delimitar o público-alvo da Política Nacional para a Inclusão das Pessoas com Deficiência, insistindo nas ideais de essencialidade do reconhecimento legislativo e de enumeração exaustiva de beneficiários.

A justificativa para se investigar o reconhecimento legislativo de categorias, subcategorias e espécies de incapacidades duradouras como deficiência, mesmo após a adoção formal do modelo biopsicossocial, que é incompatível com enumeração exaustiva, está no fato de a eliminação de resquícios do modelo individual ou médico da legislação infraconstitucional não poder negar direitos afirmados à luz da visão superada, em razão da interpretação *pro homine* dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

A pesquisa pode ser classificada como descritiva quanto aos objetivos e quantitativo-qualitativa quanto à abordagem. Está eminentemente baseada em coleta de dados legislativos pela rede mundial de computadores em sítios oficiais mantidos pela Presidência da República, pelas Assembleias Legislativas dos 26 Estados-membros, pela Câmara Legislativa do Distrito Federal, pelas Câmaras Municipais e pelas Prefeituras dos 26 Municípios-sede das Capitais dos Estados-membros.

O desenvolvimento está dividido em três seções. Na primeira, serão apresentados os aspectos estruturais que tornam a Federação brasileira um caso peculiar no universo dos Estados Federativos. Na segunda, serão apresentados os aspectos estruturais da legislação brasileira em matéria de deficiência. Por fim, na terceira serão apresentados e analisados os resultados relativos ao reconhecimento legislativo na supracitada amostra de 55 legislações internas.

## **Aspectos estruturais da Federação brasileira**

Promulgada em 5 de outubro de 1988, a vigente Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) recriou o Estado brasileiro como uma peculiar Federação, formada pela união indissolúvel de um ente central (a União) e duas classes de entes periféricos (artigo 1º, *caput*, da CRFB): a primeira regional, integrada pelos 26 Estados-membros e pelo Distrito Federal; a segunda local, integrada pelos atuais 5.570 Municípios (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2020). A inovação em relação às Constituições anteriores foi justamente a elevação dos Municípios à condição de entes federativos autônomos, com a atribuição de auto-organização político-administrativa por meio de Leis Orgânicas (artigo 29 da CRFB).

No modelo tridimensional brasileiro, a União e os Municípios têm competências reservadas (artigos 21, 22 e 30 da CRFB), enquanto os Esta-

dos-membros, residuais, estas entendidas como aquelas que não lhes sejam vedadas pela Constituição (artigo 25, parágrafo 1º, da CRFB). Já o Distrito Federal, por não poder ser dividido em Municípios, acumula as competências atribuídas aos demais entes periféricos (artigo 32, *caput* e parágrafo 1º, da CRFB). Além disso, traduzindo a noção de Federalismo Cooperativo, há competências materiais comuns (artigo 23 da CRFB) e formais concorrentes (artigo 24 da CRFB).

Em termos de competência formal (legislativa), o ente central pode atuar exaustivamente, como União Federal, nas matérias a ele reservadas exclusiva ou privativamente, mas apenas limitadamente, enquanto União Nacional, nas matérias concorrentes, ao emanar preceitos gerais cuja eficácia se sobreponha à dos preceitos emanados pelos entes periféricos (artigo 24, *caput* e parágrafos, da CRFB).

## **Aspectos estruturais da legislação brasileira em matéria de deficiência**

As pessoas com deficiência foram um dos grupos vulneráveis que mais receberam atenção do Constituinte Originário. Isso se constata na repartição de competências comuns e concorrentes. Em termos de competência material, atribuiu à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios “cuidar (...) da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (artigo 23, inciso II, da CRFB). Já no que tange às competências formais, atribuiu concorrentemente à União, aos Estados-membros e ao Distrito Federal “legislar concorrentemente sobre (...) proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência” (artigo 24, inciso XIV, da CRFB), reservando, ainda, aos Municípios “suplementar a legislação federal e estadual no que couber” (artigo 30, inciso II, da CRFB).

Em 1º de agosto de 2008, o País ratificou a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York em 30 de março de 2007. Em 26 de agosto de 2009, esses dois tratados internacionais sobre direitos humanos foram os primeiros formalmente internalizados ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* equivalente ao de Emendas à Constituição da República (artigo 5º, parágrafo 3º, da CRFB), possibilidade essa criada pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004 (Reforma do Judiciário).

Essa internalização assentou no mais elevado andar da pirâmide normativa brasileira o chamado modelo de direitos humanos ou biopsicossocial de deficiência, segundo o qual, na tradução para o português do Brasil, “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (Artigo 1, segundo parágrafo, do Anexo I ao Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009).

Ressalte-se que o modelo de direitos humanos já havia sido adotado com quase uma década de antecedência, mas com *status* supralegal (artigo 5º, parágrafo 2º, da CRFB), quando o País internalizou a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Organização dos Estados Americanos, Cidade da Guatemala, 1999), segundo a qual: “O termo ‘deficiência’ significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social” [Artigo I (1) do Anexo ao Decreto n. 3.956, de 8 de outubro de 2001].

Essa resignificação da deficiência como um fenômeno inerente à diversidade humana, impassível, portanto, de enumeração exaustiva, contrapõe-se ao modelo individual ou médico, que a encara como um desvio do padrão de saúde descrito nos manuais médicos, de extensão e relevância suficientes para se presumir de forma absoluta a desigualdade de participação na sociedade, independente do contexto socioeconômico e cultural. No entanto, foi sob a égide dessa visão superada que foi erguido todo o arcabouço legislativo da Política Nacional para a Inclusão das Pessoas com Deficiência (Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, regulamentada pelo Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999). E como seria incoerente admitir que as referidas convenções internacionais pudessem ser aplicadas em detrimento de direitos já assegurados pela legislação infraconstitucional, ainda se faz relevante identificar aqueles que esta reconhece como elegíveis às medidas de inclusão social criadas com base nas competências dos artigos 23, inciso II, e 24, inciso XIV, da CRFB. Isso, ressalte-se, sem prejuízo de outras categorias, subcategorias e espécies de incapacidades duradouras que, mesmo sem qualquer reconhecimento legislativo, ao interagir com diversas barreiras, possam obstruir a participação plena e efetiva do indivíduo em sociedade em igualdade de condições.

## **Apresentação dos resultados**

Os resultados obtidos confirmam a hipótese levantada. De fato, passados dezenove anos da internalização da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência com *status* supralegal e onze anos da internalização da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência com *status* constitucional, a legislação infraconstitucional brasileira ainda reflete o modelo individual ou médico ao delimitar o público-alvo das Políticas Nacional e Subnacionais para a Inclusão das Pessoas com Deficiência.

Os reconhecimentos legislativos identificados foram classificados quanto:

a) ao âmbito de eficácia, em nacional (em atos normativos emanados da União no exercício de competência formal concorrente geral, limitados a leis complementares, leis ordinárias e decretos), federal (em atos normativos

emanados da União no exercício de competência formal privativa não delegada, limitados a leis complementares, leis ordinárias, decretos e resoluções de agências reguladoras) e subnacional (em atos normativos emanados dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios-sede das Capitais dos Estados-membros no exercício de competência formal delegada, residual, exclusiva, concorrente complementar ou concorrente suplementar, limitados a leis complementares e leis ordinárias);

b) à literalidade, em explícito (aferível pela mera leitura do dispositivo) ou implícito (aferível por meio de interpretação não gramatical); e

c) à extensão, em irrestrito (para todos os fins de direito) ou restrito (limitado a uma parcela da população afetada ou a um direito ou interesse jurídico).

No âmbito da União (Federal e Nacional), foram identificadas nove categorias e subcategorias com alguma espécie de reconhecimento legislativo. Cinco delas estão elencadas no artigo 4º do Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999: deficiência física (inciso I); deficiência auditiva (inciso II); deficiência visual (inciso III); deficiência mental ou intelectual (inciso IV); e deficiência múltipla (inciso V). As outras quatro são: deficiência psíquica, condutas típicas, sofrimento mental ou transtornos mentais (artigo 3º, inciso II, da Lei n. 9.867, de 10 de novembro de 1999); deficiência de fala (item 1.9 do Anexo III da Resolução n. 280, de 11 de julho de 2013, da Agência Nacional de Aviação Civil), deficiência por causas patológicas ou doenças raras; e deficiência por síndromes (artigo 6º, incisos V e VIII, do Decreto n. 10.177, de 16 de dezembro de 2019).

Em relação às espécies, a União reconhece catorze. Dez estão elencadas no artigo 4º do Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999: paralisia cerebral, plegia e paresia, ostomia, amputação ou ausência de membro, deformidade congênita ou adquirida em membro, nanismo (inciso I); surdez bilateral (inciso II); cegueira, baixa visão e visão monocular (inciso III). Outras três estão em leis especiais: “Síndrome de Talidomida” (Lei n. 7.070, de 20 de dezembro de 1982); Transtorno do Espectro Autista (Lei n. 12.764, de 27 de dezembro de 2012); e Síndrome congênita do Zika Vírus (Lei n. 13.985, de 20 de abril de 2020). A última está em resolução de agência reguladora: surdocegueira (item 1.8 do Anexo III da Resolução n. 280, de 11 de julho de 2013, da Agência Nacional de Aviação Civil).

Já no âmbito subnacional, foi encontrada outra categoria reconhecida, a deficiência orgânica, em três Estados-membros (Alagoas, Espírito Santo e Tocantins), no Distrito Federal e em um Município-sede de Capital de Estado-membro (Fortaleza/CE). Ademais, outras doze espécies sem reconhecimento pela União: deformidade congênita ou adquirida na face (10,91%), fissura palatina (14,55%), fissura labiopalatina (14,55%), lesão cerebral traumática (7,27%); Transtorno de Déficit de Atenção e Hiperatividade (1,82%); surdez unilateral ou audição unilateral (29,09%); doença renal crônica (27,27%), condição de transplantado (16,36%); Síndrome de von Recklinghausen ou neu-



rofibromatose (18,18%), Síndrome de Down (3,64%), Síndrome do X-Frágil (5,45%); e hanseníase (12,73%).

No que tange às diferenças qualitativas do reconhecimento legislativo, os resultados foram organizados nos Quadros n. 3A e n. 3B *infra*. Com base na combinação dos critérios de literalidade e extensão, foram adotadas quatro espécies: explícito e irrestrito, explícito e restrito, implícito e irrestrito e implícito e restrito.

Quadro n. 3A – Quantitativo de categorias, subcategorias e espécies de incapacidades duradouras com reconhecimento legislativo no âmbito da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios-sede de Capitais (máximo de 36)

Ente federativo	Reconhecimento legislativo			
	Explícito e irrestrito	Explícito e restrito	Implícito e irrestrito	Implícito e restrito
<b>União</b>				
1. Federal	2	20	1	15
2. Nacional	16	15	12	11
<b>Região Norte</b>				
<b>Estados-membros</b>				
3. Acre (AC)	5	12	0	1
4. Amapá (AP)	4	6	0	17
5. Amazonas (AM)	19	4	3	19
6. Pará (PA)	4	4	0	11
7. Rondônia (RO)	17	2	3	18
8. Roraima (RR)	5	15	11	9
9. Tocantins (TO)	4	4	0	9
<b>Municípios-sede de Capitais</b>				
10. Belém/PA	5	3	11	12
11. Boa Vista/RR	0	0	0	0
12. Macapá/AP	0	0	0	0
13. Manaus/AM	7	3	12	11
14. Palmas/TO	4	1	11	10
15. Porto Velho/RO	0	16	0	17
16. Rio Branco/AC	1	4	0	11
<b>Região Nordeste</b>				
<b>Estados-membros</b>				
17. Alagoas (AL)	8	15	12	10
18. Bahia (BA)	10	4	12	9
19. Ceará (CE)	6	4	14	11
20. Maranhão (MA)	12	5	13	9
21. Paraíba (PB)	6	8	3	9
22. Pernambuco (PE)	16	4	2	17
23. Piauí (PI)	1	1	16	8
24. Rio Grande do Norte (RN)	2	4	0	10
25. Sergipe (SE)	2	9	0	1

Ente federativo	Reconhecimento legislativo			
	Explícito e irrestrito	Explícito e restrito	Implícito e irrestrito	Implícito e restrito
<b>Municípios-sede de Capitais</b>				
26. Aracaju/SE	5	3	12	5
27. Fortaleza/CE	7	0	13	0
28. João Pessoa/PB	7	14	0	2
29. Maceió/AL	3	14	0	14
30. Natal/RN	1	0	0	0
31. Recife/PE	14	3	4	16
32. Salvador/BA	6	0	11	0
33. São Luís/MA	1	5	0	15
34. Teresina/PI	0	0	0	0
<b>Região Centro-Oeste</b>				
<b>Estados-membros e Distrito Federal</b>				
35. Distrito Federal (DF)	23	11	4	23
36. Goiás (GO)	3	13	0	16
37. Mato Grosso (MT)	16	12	2	2
38. Mato Grosso do Sul (MS)	14	1	4	6
<b>Municípios-sede de Capitais</b>				
39. Campo Grande/MS	10	0	2	0
40. Cuiabá/MT	0	0	0	0
41. Goiânia/GO	6	0	11	1
<b>Região Sudeste</b>				
<b>Estados-membros</b>				
42. Espírito Santo (ES)	14	5	7	15
43. Minas Gerais (MG)	10	5	17	20
44. Rio de Janeiro (RJ)	18	15	2	20
45. São Paulo (SP)	4	5	0	8
<b>Municípios-sede de Capitais</b>				
46. Belo Horizonte/MG	10	0	8	0
47. Rio de Janeiro/RJ	7	18	12	12
48. São Paulo/SP	0	7	0	7
49. Vitória/ES	5	0	16	1
<b>Região Sul</b>				
<b>Estados-membros</b>				
50. Paraná (PR)	11	12	20	3
51. Rio Grande do Sul (RS)	1	10	15	1
52. Santa Catarina (SC)	16	4	4	9
<b>Municípios-sede de Capitais</b>				
53. Curitiba/PR	5	6	12	3
54. Florianópolis/SC	13	4	3	11
55. Porto Alegre/RS	6	4	13	17

Fonte: Elaboração própria.

Quadro n. 3B – Quantitativo de reconhecimentos legislativos por categoria ou espécie de incapacidades duradouras (máximo de 55)

Incapacidade duradoura	Reconhecimento legislativo			
	Explícito e irrestrito	Explícito e restrito	Implícito e irrestrito	Implícito e restrito
<b>Categorias e subcategorias</b>				
1. Deficiência física	35	41	5	11
2. Deficiência psíquica, condutas típicas, sofrimento mental ou transtornos mentais	7	1	1	0
3. Deficiência mental, intelectual ou cognitiva	33	39	3	12
4. Deficiência auditiva	34	21	5	11
5. Deficiência visual	41	37	6	16
6. Deficiência de fala	1	2	1	1
7. Deficiência orgânica	5	0	0	0
8. Deficiência por síndromes	4	0	0	0
9. Deficiência por patologias e doenças raras	3	1	0	0
10. Deficiência múltipla	20	9	3	8
<b>Espécies</b>				
<b>Incapacidades duradouras de natureza física</b>				
11. Paralisia cerebral	12	17	23	35
12. Plegia e paresia	12	17	23	35
13. Ostomia	10	7	22	22
14. Amputação ou ausência de membro	12	17	23	36
15. Deformidade congênita ou adquirida em membro	12	17	23	36
16. Nanismo	10	6	22	37
17. Deformidade congênita ou adquirida na face	1	4	0	1
18. Fissura palatina	4	0	2	4
19. Fissura labiopalatina	5	0	3	6
20. Lesão cerebral traumática	1	0	1	3
<b>Incapacidades duradouras de natureza mental (psicossocial)</b>				
21. Transtorno do Espectro Autista	32	26	8	12
22. Transtorno de Déficit de Atenção e Hiperatividade	0	0	0	1
<b>Incapacidades duradouras de natureza sensorial</b>				
23. Surdez bilateral	15	12	20	19
24. Surdez unilateral ou audição unilateral	6	4	3	2
25. Cegueira	16	17	22	34
26. Baixa visão ou visão subnormal	16	17	21	34
27. Visão monocular	21	4	25	32
28. Surdocegueira	1	1	25	20

Incapacidade duradoura	Reconhecimento legislativo			
	Explícito e irrestrito	Explícito e restrito	Implícito e irrestrito	Implícito e restrito
<b>Incapacidades duradouras de outras naturezas</b>				
29. Doença renal crônica	8	4	0	3
30. Condição de transplantado	1	7	0	2
31. Síndrome congênita do Zika Vírus	0	0	1	1
32. “Síndrome de Talidomida”	0	1	34	42
33. Síndrome de Down	0	2	0	0
34. Síndrome de von Recklinghausen ou neurofibromatose	10	0	3	5
35. Síndrome do X Frágil	3	0	0	0
36. Hanseníase	4	3	0	0

Fonte: Elaboração própria.

## Considerações Finais

Com base na análise dos dados legislativos coletados, conclui-se que, na Federação brasileira – formada, em 2020, por 5.598 entes autônomos, todos competentes para legislar sobre proteção e integração das pessoas com deficiência (artigos 24, inciso XIV, e 30, inciso II, da Constituição da República) –, a persistência das ideias de essencialidade do reconhecimento legislativo e de exaustividade do rol de beneficiários contribui para a formação de um quadro de profunda desigualdade na elegibilidade às medidas da Política Nacional para a Inclusão das Pessoas com Deficiência (Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, regulamentada pelo Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999).

A efetivação do modelo de direitos humanos da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Decreto n. 3.956, de 8 de outubro de 2001) e da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009) depende muito mais da identificação e da eliminação das barreiras erguidas por um ambiente econômico e social despreparado para usufruir da diversidade humana do que da enumeração de condições físicas, psicossociais, intelectivas ou sensoriais presumidamente causadoras de potencial desigualdade de participação plena e efetiva em sociedade.

## Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. **Resolução n. 280, de 11 de julho de 2013**. Dispõe sobre os procedimentos relativos à acessibilidade de passageiros com necessidade de assistência especial ao transporte aéreo e dá outras providências. Brasília, DF: ANAC, [2013]. Disponível em: [https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2013/resolucao-no-280-de-11-07-2013/@@display-file/arquivo\\_norma/RA2013-0280.pdf](https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2013/resolucao-no-280-de-11-07-2013/@@display-file/arquivo_norma/RA2013-0280.pdf). Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. (Constituição de 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 22 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Regulamenta a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm). Acesso em: 22 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 3.956, de 8 de outubro de 2001**. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/d3956.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm). Acesso em: 22 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em: 22 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 10.177, de 16 de dezembro de 2019**. Dispõe sobre o Conselho Nacional das Pessoas com Deficiência. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D10177.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10177.htm). Acesso em: 22 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 7.070, de 20 de dezembro de 1982**. Dispõe sobre pensão especial para os deficientes físicos que especifica e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1982]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/17070.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17070.htm). Acesso em: 22 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989**. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1989]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17853.htm). Acesso em: 22 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.867, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre a criação e o funcionamento de Cooperativas Sociais, visando à integração social dos cidadãos, conforme especifica. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9867.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9867.htm). Acesso em: 22 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 12.764, de 27 de dezembro de 2012**. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm). Acesso em: 22 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 13.985, de 7 de abril de 2020**. Institui pensão especial destinada a crianças com Síndrome Congênita do Zika Vírus, nascidas entre 1º de janeiro de 2015 e 31 de dezembro de 2019, beneficiárias do Benefício de Prestação Continuada (BPC). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível

em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13985.htm). Acesso em: 22 nov. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *IBGE Cidades*. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/>. Acesso em: 22 nov. 2020.

# O DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ- IMPLANTACIONAL PARA SELEÇÃO DE EMBRIÕES: UMA ANÁLISE JURÍDICA DA EUGENIA POSITIVA E NEGATIVA

**Michely Vargas Del Puppo Romanello**

Doutora em Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC (2020). Mestre em Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP (2014). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo (2011). Professora de Direito Civil, Advogada, Conciliadora e Mediadora. Autora de diversos artigos e livros

**Jose Geraldo Romanello Bueno**

Graduado em medicina pela Faculdade de Ciências Médicas da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP, 1978-1983) e graduado em direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCCAMP, 1998-2002). Especializado em Ginecologia e Obstetrícia pela Faculdade de Ciências Médicas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP, 1996-1998) e especializado em Direito Processual Civil (PUCCAMP, 2003-2004). É mestre em medicina pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP, 1988-1989), mestre em filosofia pela Faculdade de Filosofia da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-CAMP, 2004-2006) e mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP, 2004-2006). É doutor em medicina pela Faculdade de Ciências Médicas pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP, 1990-1992) e doutor em direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo (USP, 2017-2019). Atualmente é professor doutor de Direito Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie (CCT-Campinas, 2010-presente). É doutorando em Filosofia (Pragmatismo) da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP, 2018-2022) e pós-doutorando em Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo (USP, 2020-2022). Leciona Direito Civil e BioDireito na Universidade Presbiteriana Mackenzie, CCT/SP

## **Resumo**

O diagnóstico genético pré-implantacional é uma técnica que permite selecionar embriões sem as principais doenças genéticas e cromossômicas, como também, escolher as principais características desejáveis do futuro filho. Entretanto, este procedimento tem gerado inúmeras discussões éticas e jurídicas acerca de sua licitude. Nesse sentido, o trabalho tem como objetivo demonstrar os principais problemas legais relacionados à seleção e à manipulação

genética, para então, reconhecer quais são os possíveis limites que deveriam ser a ela aplicados. Para tanto, a pesquisa utiliza-se do método de abordagem dedutivo e qualitativo. Assim, verifica-se a premente necessidade de se criar uma lei específica sobre o uso das técnicas de reprodução humana assistida, a fim de se instituir os limites éticos e jurídicos e sua respectiva cogência.

**Palavras-chave:** Reprodução Humana Assistida; Diagnóstico Genético Pré-implantacional; Embrião; Dignidade da Pessoa Humana.

## Introdução

A medicina genética ou genomizada constituem termos genéricos para descrever todos os avanços em diagnósticos e tratamentos de enfermidade derivados do conhecimento e compreensão da estrutura genética de um indivíduo.

Trata-se para muitos da medicina do futuro e levanta muitas questões e desafios do ponto de vista clínico, bioético e jurídico, pois convida a refletir sobre a verdadeira natureza e sentido da medicina moderna, assim como a respeito do uso correto da informação genética e do alcance que, em seu caso, deve ter nossa intervenção sobre o genoma humano.

Uma das vias mais consistentes de expressão desta nova medicina está configurada pela reprodução artificial, isto é, pelas denominadas técnicas de reprodução assistida que além de contribuir a solução dos problemas de infertilidade do casal, apresenta também possibilidade cada vez mais de decidir com vão ser nossos descendentes sob o ponto de vista de sua composição genética ou, pelo menos de decidir como se pode evitar que não sejam sãos.

Este último pode-se conseguir gerando embriões *in vitro* e selecionando, para sua transferência posterior ao útero materno, os sãos em detrimento de outros cuja dotação genética conduz, ou predispõe, a sofrer de uma enfermidade. O anterior se consegue através de uma técnica complementar à fecundação *in vitro* e conhecida como diagnóstico genético pré-implantacional (DGP), que constitui um dos avanços mais espetaculares dos últimos tempos na detecção de enfermidades relacionadas com os genes. Resumidamente, o DGP constitui em uma técnica diagnóstica para comprovar a “saúde genética” de um embrião *in vitro* antes de se decidir sua transferência ao útero materno, bem como seu descarte com finalidade procriativa, com o objetivo de se evitar o nascimento de crianças com enfermidades hereditárias graves.

Porém, é certo que esta técnica não se apresenta hoje em dia, somente como um instrumento para combater a transmissão de patologias hereditárias, mas também, abre um leque extraordinário de opções e possibilidades para os seres humanos, como o de alimentar algumas fantasias com relação ao bebê perfeito, a melhora da raça, a otimização do corpo, etc. Logicamente, às escondidas está rondando o fantasma da eugenesia e eis aqui portanto, um



dos perigos mais evidentes que apresenta o desenvolvimento incontrolável do DGP.

Ao mesmo tempo que se espreitam zonas obscuras e preocupantes, é notável que o DGP pode configurar-se como um elemento valioso para o desenvolvimento da liberdade reprodutiva dos casais que desejam garantir as melhores condições possíveis de saúde para seus filhos. Fala-se então do surgimento de um novo conceito de paternidade responsável que usa a informação genética para decidir suas opções reprodutivas e de um novo tipo de eugenesia, a denominação neoeugenesia, que traz nuances próprias importantes que a diferenciam de forma clara da eugenesia clássica.

Ademais, a problemática principal da pesquisa é verificar a possibilidade de admissibilidade da técnica e analisar quais são os limites legais na geração de um filho geneticamente manipulado. Nesse sentido, o trabalho tem como objetivo demonstrar os principais problemas legais relacionados à reprodução humana assistida, especialmente em relação à seleção e à manipulação genética, para então, reconhecer quais são os possíveis limites que deveriam ser a ela aplicados. Para tanto, a pesquisa utiliza-se do método de abordagem dedutivo e qualitativo.

### **A difícil separação entre o terapêutico e o perfeccionismo: A medicina procriativa como bem de consumo?**

Uma das questões mais problemáticas para a medicina atual, pelo desdobramento a respeito de seus fins tradicionais que acarreta, é a dificuldade de distinguir as intervenções terapêuticas das perfeccionistas, estas últimas cada vez mais demandadas pelos cidadãos ao amparo de seus direitos à liberdade de eleger e optar por uma melhor qualidade de vida.

Este fenômeno tem um risco de contagiar também os próprios profissionais, que poderão encarar estas técnicas como um grande negócio para seus pacientes. Esta perigosa extensão poderia ser levada para o paciente que tem um certo descontentamento com seu corpo, com sua capacidade mental ou física, ou com seu psicológico, e também a medicalização de cada faceta da existência humana que tudo isso pode acarretar.

Analisando-se esta situação, na medicina clássica era o profissional médico quem definia o que era uma necessidade para o paciente, de modo que era a medicina que fixava os critérios de saúde e doença. Na atualidade, são os pacientes que querem definir estes conceitos e buscam sua satisfação no sistema de saúde, que em muitos casos não pode dar a resposta que esperam, gerando grande frustração nestes cidadãos e insatisfação nos profissionais da saúde.

Aplicando o dito anterior no campo das técnicas de reprodução assistida, há que recordar que embora as normativas proíbam que se realize intervenções terapêuticas no embrião modificando seu caracteres hereditários não patológicos ou que busquem a seleção dos indivíduos ou da raça, o problema

é precisamente que se escape do mundo médico a determinação do que é patológico e do que não é, ampliando-se cada vez mais por esta via as possibilidades de projetar os nossos descendentes.

O fato é que pode-se falar de um novo perfil cultural da procriação onde a mesma já não é tanto um valor em si mesma, mas um valor de consumo: o filho não é um bem incondicional ou um investimento humano com um certo cálculo de custos mais ou menos acessível, mas um objeto que entra a formar parte, ao lado de outros, de uma escala de preferência de cotas valorizado pelos cidadãos ou, até mesmo pelo próprio Estado<sup>1</sup>.

Influenciada pela citada corrente, a ciência a todo custo tenta agradar os desejos dos usuários produzindo-se o que foi chamado de obstinação pro-critativa, em referência a algumas técnicas modernas de reprodução assistida, como a injeção intracitoplasmática (ICSI), que consiste em um tipo de fecundação em que se atravessa artificialmente todas as barreiras naturais para se introduzir de uma forma direta o espermatozoide dentro do óvulo (injetando-se o espermatozoide diretamente no óvulo).

Por outro lado, a corrida frenética que envolveu o avanço do conhecimento genético obrigou o setor médico a investir grandes quantidades de dinheiro em investigação, a inovar continuamente, deixando obsoletas rapidamente as últimas novidades; e tudo isto se faz favorecendo principalmente as necessidades, desejos e preferências individuais, que nem sempre correspondem ao bem comum.

Consequências destas mudanças de curso poderiam ser a causa da intensificação das desigualdades sociais e a perda da integridade da medicina que cairia um tanto a mercê das forças de mercado. Porém, estas apreciações são especialmente constatáveis no âmbito da procriação artificial, já que a mesma entrou há muito tempo nos mecanismos de mercado capitalista e nos dispositivos de bem-estar.

Finalmente, este panorama pode conduzir a um gasto inacessível pelos Sistemas de Saúde e esta pressão pode originar um deslocamento de atendimento destes pacientes para o setor privado que absorve as técnicas mais sofisticadas e caras.

## **A dimensão da liberdade reprodutiva vinculada às técnicas de reprodução humana assistida**

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, aprovada em 2005, proclama que deve-se ter de forma controlada as repercussões das ciências da vida nas gerações futuras e em particular a constituição genética<sup>2</sup>.

1 VEGA, Ana María Gutiérrez. *Los derechos reproductivos en la sociedad pós-moderna: una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida? Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Granada: Comares, 1998, p. 27.

2 TEN HAVE, Henk A. M. J & JEAN, Michèle S. *La déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme: histoire, principes et application* (art. 16). Genève: UNESCO, 2009, p. 22.

Consequentemente, o citado postulado nos convida a pensar na necessidade de estabelecer mínimas regras que marquem o campo de atuação na qual possam desenvolverem-se as decisões dos cidadãos de recorrer a tecnologia genética para influir na constituição genética de seus descendentes, bem como mediante a seleção de embriões para o procedimento do DGP ou, quando seja cientificamente possível, através da terapia genética. Em outras palavras, o que se planeja é qual deve ser o alcance concreto da liberdade reprodutiva associada às técnicas de reprodução assistida.

Mais a frente desenvolver-se-á extensamente o conceito de liberdade reprodutiva, analisando-se o possível conteúdo e a sua dimensão sob o ponto de vista bioético e jurídico. Entretanto, há que se referir a um limite aceito comumente neste campo em uma escala internacional, consistente na proibição de se predeterminar por completo as características genéticas de um ser humano, cujo paradigma seria o da clonagem reprodutiva, o que permitiria estabelecer em toda sua extensão o conteúdo genético de um indivíduo.

Os motivos da referida proibição estaria relacionada com a teórica perda de liberdade da pessoa que vai nascer e com a perda de sua dignidade. Tem que se ter em conta que o estabelecimento da configuração genética de outro ser é um ato sem réplica possível para o afetado, que não pode ser objeto de revisão, perdendo-se, portanto, a simetria de responsabilidade que deve existir entre pessoas livres e iguais.

Por outro lado, desconhecemos hoje em dia as verdadeiras consequências do caráter psicológico que poderiam surgir para os futuros filhos da decisão tomadas por seus pais, sobretudo quando as mesmas podem abarcar aspectos que não guardem relação direta com a prevenção de enfermidades, senão com o favorecimento de determinadas qualidades ou aptidão físicas ou mentais.

A partir do limite mencionado seria onde se colocaria com toda intensidade outros critérios complementares para conduzir-se neste difícil terreno, assumidos em sistemas legais como o nosso, e que é suportado principalmente pela distinção acima mencionada entre as apresentações terapêuticas e de aperfeiçoamento e a proibição subsequente onde características hereditárias não patológicas seriam alteradas.

## **A controvérsia em torno da seleção de embriões mediante o diagnóstico genético pré-implantacional (DGP)**

Por todos os fatores que foram enunciados anteriormente, o fato de que o DGP envolve o uso de técnicas de reprodução assistida e requer a manipulação e seleção de embriões, assim como o descarte dos que se consideram aptos, a citada técnica é uma atuação médica submetida a forte controvérsia do ponto de vista bioético e jurídico.

Além disso, não se pode esquecer que se trata em princípio de uma técnica agressiva para o embrião e que proporciona uma informação médica par-

cial sobre a verdadeira situação genética do embrião. Desta forma, carecem de estudos epigenéticos relevantes que confirme a ausência de repercussões na saúde das pessoas nascidas a partir de um embrião biopsiado para se realizar a DGP.

De qualquer modo, tem que se ter em conta que, contrariamente ao que se transcende aos meios de comunicação, a técnica de DGP não permite evitar filhos livres de enfermidades eliminando a patologia do embrião, mas o que faz é realmente separar os sãos dos que não o são, descartando estes últimos para a transferência ao útero materno. Definitivamente, selecionando-se embriões que são sadios e não se cura nenhum dos enfermos.

É evidente, em qualquer caso que, com o conhecimento científico atual, o DGP é uma ferramenta diagnóstica de grande valor para a detecção de enfermidades hereditárias nos embriões *in vitro*, que acarreta uma seleção dos mesmos por razões genéticas, e ficam descartados para a reprodução os que apresentam alguma anomalia. Quando se trata de empregar técnicas a respeito de enfermidades graves de precoce surgimento, que condicionam seriamente o futuro desenvolvimento de uma pessoa, seu uso tem aceitação social ampla, sendo por isso autorizado legalmente na maioria dos países do mundo ocidental.

Porém, o desenvolvimento do DGP começa a conseguir resultados significativos na detecção de outras doenças de aparecimento mais tardio, multifatoriais e de expressão fenotípica variável, assim como predisposição a certas patologias como os cânceres. Igualmente contempla-se em algumas ocasiões com fins terapêuticos para terceiros (DGP extensivo), ou, simplesmente, como um instrumento de melhora da eficácia das técnicas de reprodução assistida em mulheres próximas ao final de sua idade fértil. Seu emprego nestes casos deve ser melhor discutido, já que não há uma postura unânime a respeito.

Há que se ter em conta que, no caso do denominado DGP extensivo a intenção é a seleção dos embriões, não unicamente para descartar os que apresentam alguma patologia genética, mas também para curar um outro ser; e, neste sentido, trata-se de garantir a compatibilidade do eleito, em função do antígeno que expressa, como, por exemplo, de um irmão vivo enfermo. Aquele atuaria, uma vez nascido, como doador cedendo as células-tronco do cordão umbilical ou, em seu caso, mediante um transplante de medula óssea.

Finalmente, é possível a utilização do DGP, não só para evitar enfermidades transmissíveis (eugenesia negativa), mas também com o propósito de atender desejos de melhora da saúde, das capacidades individuais e em última instância, com fins de aperfeiçoamento da raça (eugenesia positiva). É neste âmbito, até o presente, há mais partidários em estabelecer barreiras e proibições, que permitir abertamente seu uso. Evidentemente, nestes casos o desafio ético e jurídico é de grande magnitude e conecta-se de novo com o problema da Eugenia.

Em qualquer dos casos, não há que se esquecer que o DGP representa

um claro conflito, por um lado, entre o respeito à autonomia da liberdade reprodutiva dos pais, e por outro, valores morais importantes como a proteção da dignidade do embrião, a preservação da identidade genética das futuras gerações, a prevenção de elites genéticas e de discriminação, etc.

Ademais, ante a insuficiência do Direito para dar soluções concretas e definitivas a todas as situações que aparecem, tem-se como referência as coordenadas básicas: o conceito de liberdade reprodutiva e o problema da eugenia.

## **A liberdade reprodutiva na tomada de decisões sobre a seleção de embriões.**

No campo genético, onde a técnica de DGP, a medicina preventiva deve conservar sempre sua natureza fundamental de conselho no duplo sentido de, por um lado, opinião do profissional dado o interesse do paciente, e por outro, de opinião expositiva ou consultiva.

Trata-se que o interessado decida em última análise o que considera melhor para ele, livre de toda coação, entre outras questões porque a informação sobre o genótipo não informa exatamente sobre o fenótipo (a expressão da doença, seu aparecimento, sua evolução, sua gravidade e nem seu prognóstico, já que é necessário ter em conta também outros fatores como o comportamento, alimentação e o meio ambiente)<sup>3</sup>. Articula-se desta forma o conceito de liberdade reprodutiva como uma liberdade de caráter individual ou do casal.

Para Stuart Mill<sup>4</sup>, quem é livre carece de imposições e intervenções externas, admitindo unicamente como limite a atuação livre que pode causar danos aos outros, o que legitimaria a intervenção Estatal ou de qualquer outro poder. Qual seria então o critério para limitar a liberdade reprodutiva, sobre tudo a liberdade associada às possibilidades de influir na configuração genética dos que tem seu desenvolvimento nos processos de procriação assistida?

Encontra-se no âmbito internacional um princípio universal de grande utilidade, que é aquele que proclama a proteção das gerações futuras sobre a máxima de que as decisões tomadas hoje devem ter em conta as necessidades e interesse das gerações futuras<sup>5</sup>.

Este princípio, em sua formulação bioética mais recente, aparece na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de 2005<sup>6</sup>, que tem

3 LAGRÉE, Jacqueline. *Le Médecin, le Malade et le Philosophe*. Rennes: PUR, 2017, p. 101-102.

4 MILL, John Stuart. *On Liberty*. Kitchener: Batoche: 2001, p. 103. Disponível em: <<https://ect.pixel-online.org/files/etranslation/original/Mill,%20On%20Liberty.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2020.

5 UNESCO. *Human Rights for Future Generations (1994)*. Universidad de La Laguna (Espanha). Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000098614?posInSet=1&queryId=13904de6-46cb-445f-9204-4b405fb1ea7b>>. Acesso em: 06 jan 2019.

6 UNESCO. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos – art. 4º (2006)*. Disponível em: <[https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180\\_por?posInSet=1&queryId=62fcb2e4-02f4-4462-8b93-1e05bf3baf72](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por?posInSet=1&queryId=62fcb2e4-02f4-4462-8b93-1e05bf3baf72)>. Acesso em: 06 jan. 2019.

entre outros objetivos o de proporcionar um marco universal de princípios e procedimentos que sirvam de guia aos países na formulação de leis, políticas ou outros instrumentos no âmbito da bioética.

Esta Declaração Universal contém um preceito, que afeta indiretamente o DGP, quando afirma que deveria ter-se em conta as repercussões das ciências da vida nas gerações futuras, em particular na constituição genética<sup>7</sup>.

Esta advertência faz-se alertas e estabelece uma proteção mínima contra a determinação completa da constituição genética humana por um terceiro, cuja ameaça seria a clonagem deliberada dos seres humanos e restrição da liberdade dos indivíduos e o livre desenvolvimento da personalidade de cada um.

Dessa forma, vê-se um fenômeno novo de grandes repercussões para a sociedade de nosso tempo, no qual as regras do jogo não estão todas escritas; porém, devem esboçar-se o quanto antes se não quiser que estes acontecimentos venha oprimir a sociedade.

## **O conteúdo da liberdade reprodutiva**

As bases morais do conceito de liberdade reprodutiva seriam, genericamente, a autodeterminação ou autonomia pessoal, bem-estar dos indivíduos e a igualdade de expectativas e oportunidades que geram entre homens e mulheres.

Outros autores consideram que a liberdade reprodutiva constitui mais que liberdade, um direito integrado em outros de caráter constitucional como a liberdade, a dignidade humana, o livre desenvolvimento da personalidade, a intimidade ou o direito de ter uma família<sup>8</sup>.

No que se refere os aspectos jurídicos da liberdade reprodutiva associada reprodução assistida, a utilização do DGP e das limitações em matéria de seleção de sexo dos filhos, pode-se evidenciar que a legislação brasileira permite que casais ou mulheres solteiras podem ter uma família monoparental. Não é requerido, inclusive que exista um problema de esterilidade nas usuárias desta técnica. A única limitação é a de que se a mulher for casada terá que ter o consentimento do marido. Além disso, é permitido àqueles que desejam ter uma reprodução independente, bem como aos casais homossexuais.

## **Os limites da liberdade reprodutiva nos processos de reprodução assistida**

Assim, como a liberdade é importante no direito da família, devem-se respeitar os princípios que limitam o planejamento familiar, sendo eles: o

7 UNESCO. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos – art. 16º (2006)*. Disponível em: <[https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180\\_por?posInSet=1&queryId=62fcb2e4-02f4-4462-8b93-1e05bf3baf72](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por?posInSet=1&queryId=62fcb2e4-02f4-4462-8b93-1e05bf3baf72)>. Acesso em: 06 out. 2020.

8 GOMÉZ SÁNCHEZ, Yolanda. *Derechos Fundamentales*. Madrid: Aranzadi, 2018, p. 178-181.

princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da paternidade responsável e o princípio do melhor interesse da criança, de forma a proteger não somente os pais, mas também os filhos, garantindo-lhes a vida, a dignidade, a convivência familiar, comunitária, saúde, educação, alimentação, respeito, liberdade, cultura, lazer, profissionalização, além de colocá-los a salvo de negligência, exploração, discriminação, violência, crueldade e opressão.

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, não há dúvida que este é o vetor do Direito de Família, pois garante o respeito aos direitos dos membros da família, assegurando-lhes um sistema protetivo que coíba abusos e propicie o desenvolvimento de uma vida saudável, é, sem dúvida, aquilo que deve nortear qualquer interpretação e normatização, envolvendo as relações familiares.

Em matéria de reprodução, sobretudo, os conflitos jurídicos apresentados exigirão, em primeiro lugar, a conscientização de sua grandiosidade, para, em seguida, buscar-lhes soluções adequadas, visando a restabelecer o tratamento igualitário dos filhos e respeito a todos os envolvidos, sejam membros da família ou terceiros.

Além disso, outro limite imposto à aplicação das técnicas de reprodução diz respeito ao princípio da paternidade responsável, que está previsto no art. 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988 e se manifesta através do planejamento familiar e da obrigação dos pais em prover a assistência moral, afetiva, intelectual e material à criança<sup>9</sup>.

O direito individual de exercício da sexualidade, bem como, do exercício do planejamento familiar, vão ao encontro das responsabilidades que a pessoa assume ao se tornar pai ou mãe. O direito de procriar não reflete apenas sexo livre e benefícios às pessoas, mas impõe responsabilidades que surgem com a chegada do filho e, em razão dele, estende-se por prazo indeterminado. Dessa forma, imprescindível a consciência de que o projeto parental pode representar mudanças no estilo de vida e organização familiar. Ato que exige reflexão prévia e decisão realmente consciente, porque refletirá responsabilidade a longo prazo e demandará muito empenho e esforço.

Por fim, entende-se que o melhor interesse da criança é princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador da Lei, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras.

Além disso, o princípio do melhor interesse da criança é aplicado aos

---

9 “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”. Cf. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 out. 2020.

médicos, na medida em que não se deve, em nenhuma hipótese, atender às vontades pessoais do casal de praticar eugenia positiva, por consistir em ato expressamente contrário à sua ética profissional. Em todos os seus procedimentos, o médico deve ter o absoluto respeito pelo embrião e sua dignidade.

Da mesma forma, o princípio do melhor interesse da criança também deve ser aplicado nas relações paterno-materno-filiais, segundo o qual o embrião não pode ser tratado como mero objeto de desejo dos pais.

Nesse sentido, o princípio do melhor interesse da criança reconhece a condição do embrião como potencial em desenvolvimento, que merece tutela do ordenamento jurídico. Assim, não se permite que o embrião seja considerado um objeto, mas sim, merecedor de um tratamento de absoluta prioridade em relação aos seus pais e aos demais integrantes de sua família.

O objetivo dessas técnicas deverá ser sempre procurar a melhor opção para a vida do ser que vai ser gerado, ou seja, os interesses dessa criança que irá nascer deverão ser sempre prioritários frente aos dos demais. Dessa forma, esse princípio também funcionará como um limitador ao uso indiscriminado dessas técnicas, para que o objetivo não seja a escolha de características de um filho sem justificativas, que acabe sendo tratado como um objeto idealizado pelos pais.

## **Considerações finais**

A seleção de embriões mediante o Diagnóstico Genético Pré-Implantacional (DPG), cujo objetivo fundamental é evitar a transmissão de doenças hereditárias aos descendentes, é uma das técnicas mais promissoras da medicina preventiva e preditiva do nosso tempo. A mudança de paradigma dentro da medicina tradicional centrado na prolongação da vida, na conservação da vida e no alívio da dor.

Do ponto de vista científico, o DPG, em combinação com outras técnicas de reprodução assistida, configura-se como uma ferramenta valiosa para a detecção no embrião de uma multiplicidade de anomalias cromossômicas (numéricas e estruturais), de doenças monogênicas (dominantes, recessivas e ligadas ao sexo) e doenças multifatoriais.

O uso da técnica de DPG no Brasil embora escasso, vê-se claro aumento, sendo que as patologias mais frequentes para a realização desta técnica são os abortos de repetição por suspeita de aneuploidias, seguidas de anomalias cromossômicas estruturais, doenças ligadas a cromatina X (sexual) e doenças autossômicas dominantes.

A seleção de embriões mediante a DGP não é isenta de fortes controvérsias éticas na medida em que implica na realização de técnicas de reprodução artificial, a manipulação de embriões e a seleção genética dos mesmos.

Hoje em dia, diante da insuficiência do Direito para normatizar todas as situações que se originam no campo da medicina reprodutiva, o método imperante de valoração e decisão acerca dos problemas complexos que baseia-se



a biomedicina é conhecido como discursivo, dirigido a chegar-se a um consenso generalizável dentro dos comitês interdisciplinares e, finalmente, através de resoluções pelo Conselho Federal de Medicina.

A variante do DGP conhecida como extensiva ou com finalidade terapêutica para terceiro, suscita problemas éticos particulares como a questão da instrumentalização da vida humana em benefício de outros, o destino dos embriões são desprezados por falta de compatibilidade e possível condicionamento ao longo da vida entre o irmão doador e o receptor.

No Brasil, a publicação da resolução N. 2.168/2017 (Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida no Brasil) do Conselho Federal de Medicina contempla a seleção de embriões mediante o Diagnóstico Genético Pré-Implantacional tanto em benefício do próprio embrião diagnosticado como para fins terapêuticos para terceiro.

A partir da liberdade reprodutiva individual ou do casal, entendida como a conjugação da autonomia de vontade e o exercício da paternidade responsável, encontra-se as bases para a construção bioética e jurídica que ampare a DGP por motivo de saúde, além dos casos de enfermidades hereditárias graves de aparência segura, onde já existe um consenso generalizado. Sobre a delimitação, através do consenso social, dos termos anteriores (liberdade reprodutiva e paternidade responsável), bem como o conceito de doença, é possível fundamentar a utilização do DGP para impedir doenças menos graves (de possível aparecimento tardio, multifatorial ou de expressão fenotípica variável).

Das questões básicas para que possa falar de verdadeira liberdade reprodutiva são, por lado, que o acesso a informação e às provas diagnósticas sejam factíveis para todos os cidadãos em condições de igualdade, e, por outro, que a sociedade, através do Estado, garanta a ajuda social e respeito aos que não desejam a se submeter às provas diagnósticas e tenham a má sorte de ter filhos com problemas de saúde. A falta do primeiro requisito exposto origina discriminação social e o segundo implica indiretamente uma coação e uma diminuição da liberdade reprodutiva para os afetados.

O que se entende por doença grave, aspecto chave na justificativa moral e jurídica do DGP, deve ser abordado como uma questão dinâmica relacionado com a qualidade de vida aceitável em um contexto social ou cultural determinado, ou seja, com as possibilidades para qualquer indivíduo de perseguir suas metas vitais e desenvolver-se adequadamente em seu meio social e laboral habitual. A sociedade deverá colocar-se em alerta para estabelecer critérios de admissibilidade e, por fim, de limitação, que permitam salvaguardar valores como a dignidade e a liberdade das gerações futuras.

Para uma parte significativa dos autores, a eugenesia não é um fenômeno essencialmente amoral, uma vez que vai depender dos objetivos que se persegue. Assim mesmo, com o avanço do conhecimento do genoma humano é inevitável o repensar do fenômeno da eugenia. Temos a responsabilidade de não cair nos erros do passado (eugenesia clássica), porém também de

aproveitar o conhecimento atual para evitar crianças com doenças incuráveis.

A neoeugenesia ou eugenesia terapêutica, baseada na liberdade reprodutiva, circunscrita a um âmbito médico e enfocada como um problema de saúde individual, do casal, ou da família, é claramente diferente da eugenesia clássica, que estava concebida como um assunto de política social, e na qual se produzia um intervencionismo do Estado. O desafio fundamenta para se lograr uma maior aceitação ética é fixar bem as fronteiras entre o que se deve entender por uma intervenção terapêutica e uma intervenção perfeccionista.

A eugenesia liberal, que propõe uma postura aberta a respeito da seleção de embriões mediante DGP e a utilização da engenharia genética para selecionar traços genéticos pela vontade de seus genitores (por exemplo: o sexo e a cor dos olhos) e para melhorar capacidades e habilidades humanas (como a aptidão para a matemática), carece na atualidade de um consenso doutrinal e científico suficiente para impor seus critérios.

Entretanto, no futuro as leis de mercado, a crescente concepção consumerista dos direitos reprodutivos e a dificuldade de se estabelecer sólidas fronteiras entre o que se entende por atuação médica terapêutica e por atuação médica perfeccionista, poder-se-á ver a eugenesia liberal se proliferar. Caberá ao direito normatizar e deixar claro que a eugenesia deverá ser somente a terapêutica.

## Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 out. 2020

BROCK, D.W. **La Libertad Reprodutiva y la Prevención del Daño**. 1 ed. Genética y Justicia: Cambridge University Press, 2002.

CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n. 2.168/2017**. Adota as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos -, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM n. 2121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 28 out. 2020.

GOMÉZ SÁNCHEZ, Yolanda. **Derechos Fundamentales**. Madrid: Aranzadi, 2018.

LAGRÉE, Jacqueline. **Le Médecin, le Malade et le Philosophe**. Rennes: PUR, 2017.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Kitchener: Batoche: 2001, p. 103. Disponível em: <<https://eet.pixel-online.org/files/etranslation/original/Mill,%20On%20Liberty.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2020.

TEN HAVE, Henk A. M. J & JEAN, Michèle S. La déclaration universelle sur

la bioéthique et les droits de l'homme: histoire, principes et application (art. 16).  
Gêneve: UNESCO.

UNESCO. **Human Rights for Future Generations** (1994). Universidad de La Laguna (Espanha). Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000098614?posInSet=1&queryId=13904de6-46cb-445f-9204-4b405fb1ea7b>>. Acesso em: 06 set. 2020.

UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos – art. 4º (2006)**. Disponível em: <[https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180\\_por?posInSet=1&queryId=62fcb2e4-02f4-4462-8b93-1e05bf3baf72](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por?posInSet=1&queryId=62fcb2e4-02f4-4462-8b93-1e05bf3baf72)>. Acesso em: 06 set. 2020.

UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos – art. 16º (2006)**. Disponível em: <[https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180\\_por?posInSet=1&queryId=62fcb2e4-02f4-4462-8b93-1e05bf3baf72](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por?posInSet=1&queryId=62fcb2e4-02f4-4462-8b93-1e05bf3baf72)>. Acesso em: 06 out. 2020.

VEGA, Ana María Gutiérrez. **Los derechos reproductivos en la sociedade pós-moderna: una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?** Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida. Granada: Comares, 1998.

# TECNOLOGIAS DE RASTREAMENTOS E MONITORAMENTO DA COVID-19 E SUAS POSSÍVEIS REPERCUSSÕES DOS DIREITOS E GARANTIAS DOS CIDADÃOS: UMA PERSPECTIVA DO BRASIL E DA RÚSSIA

**Agnes Christian Chaves Faria Alexandrovna Dybova**

Advogada OAB RJ e AO Porto, mentora no projeto Mentoria Jurídica da OAB-RJ. Professora de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Consultora Jurídica da Coordenação Central Cooperação Internacional da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pós-graduação em Tradução pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Gregoriana de Roma. Doutoranda em Direito pela Universidade da Santa Croce/Roma

**Fernanda Maibon Sauer**

Advogada OAB-RJ e OAB-SP. Sócia de Villemor Amaral Advogados. Presidente da Comissão de Direito Digital do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro da Comissão de Proteção de Dados e Privacidade da Ordem dos Advogados do Brasil. Membro da Comissão de Direito e Tecnologia da Informação e Inovação da Ordem dos Advogados do Brasil. Membro da Comissão Especial da Direito Lusófono do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestranda pela Universidade Autónoma de Lisboa

## Resumo

O estudo se propõe a analisar o impacto da tecnologia no direito, notadamente em relação a sua utilização no enfrentamento à pandemia da COVID-19, na Rússia e no Brasil. Em Moscou, desde 2006 com a lei N 152-Φ3 de 2006, a tecnologia já era amplamente utilizada pelo governo e por isso não houve surpresa quando o reconhecimento facial, o uso de código *QR code* para passes e o uso de GPS dos aparelhos de telefonia móvel foram utilizados como instrumentos de monitoramento da população na pandemia. No Brasil, que teve a Lei Geral de Proteção de Dados - Lei nº 13.709 promulgada em 2018, o anúncio de que os governos em todas as esferas estariam concluindo parcerias com prestadoras de serviços de telefonia móvel para monitoramento e controle da COVID-19 causou preocupação. Assim, trataremos das discussões em torno da utilização da tecnologia e dos dados pessoais durante a pan-

demia no Brasil e na Rússia, bem como de suas possíveis repercussões nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

**Palavras-chave:** Dados pessoais; Tecnologia; Covid-19; Brasil; Rússia.

## Introdução

Desde que identificada em Wuhan, na província de Hubel, na República popular da China, em dezembro de 2019, a síndrome respiratória grave 2 (SARS-CoV-2), doença provocada pelo COVID-19 (corona vírus), segundo estimativa da OMS – sigla para Organização Mundial de saúde, teria custado a vida de mais de 1.3 milhões de pessoas ao redor do mundo<sup>1</sup> até o início de novembro de 2020. Estima-se que se as políticas de prevenção e de adesão ao uso de máscaras de agora se mantiverem as mesmas, teremos algo em torno de 2.8 milhões de mortos por Covid-19 até ao final de dezembro de 2020<sup>2</sup>.

Apesar dos claros sinais de que se estava diante de uma pandemia, somente em 30 de janeiro a OMS anunciou que o novo coronavírus era uma emergência de saúde internacional e pediu a ação internacional coordenada para combate à doença<sup>3</sup>.

Este é o objeto central do nosso estudo. A enorme circulação de dados e crescente produção e uso de dados por novas tecnologias digitais cada vez mais sofisticadas e inovadoras, as quais envolvem, inclusive, o aprendizado de máquina<sup>4</sup>, passaram a ter papel destacado na contenção do espalhamento da pandemia, tendo a OMS orientado que a partir de uma avaliação de riscos, cada país deveria se preparar para lançar mão rapidamente de medidas destinadas à redução da transmissão e seus impactos econômicos e sociais<sup>5</sup>.

1 O dado é disponibilizado e atualizado diariamente pela Organização Mundial de Saúde (WHO - World Health Organization - WHO) em seu sítio eletrônico. WHO. **Coronavirus Disease (COVID-19) Dashboard**. Geneva, 2020. Disponível em: <https://covid19.who.int/>. Acesso em: 07 set. 2020.

2 Dado contido em notícia divulgada na revista Veja saúde. VEJA. Mundo pode atingir 2,8 milhões de mortes por Covid-19 até ao final do ano. **Veja saúde**. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/mundo-pode-atingir-28-milhoes-de-mortes-por-covid-19-ate-fim-do-ano/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

3 GLOBO. Novo coronavírus é emergência de saúde internacional, declara OMS. **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/01/30/novo-coronavirus-e-emergencia-de-saude-internacional-declara-oms.ghtml>. Acesso em: 10 nov. 2020.

4 “O aprendizado de máquina (em inglês, *machine learning*) é um método de análise de dados que automatiza a construção de modelos analíticos. É um ramo da inteligência artificial baseado na ideia de que sistemas podem aprender com dados, identificar padrões e tomar decisões com o mínimo de intervenção humana”. SAS. **Machine Learning: O que é e qual sua importância?** Disponível em: [https://www.sas.com/pt\\_br/insights/analytics/machine-learning.html](https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/machine-learning.html). Acesso em: 7 set. 2020.

5 “All countries should increase their level of preparedness, alert and response to identify, manage and care for new cases of COVID-19. Countries should prepare to respond to different public health scenarios, recognizing that there is no one-size-fits-all approach to managing cases and outbreaks of COVID-19. Each country should assess its risk and rapidly implement the necessary measures at the appropriate scale to reduce both COVID-19 transmission and economic, public and social impacts”. World

Há uma corrida mundial no sentido de suprir as lacunas de conhecimento sobre o vírus, o tratamento da doença e testes com novas vacinas, mas as estratégias para contenção do contágio se mostraram peça fundamental durante a pandemia na busca de se evitar o colapso dos sistemas de saúde pública e/ou privada. Dessa forma, a obtenção e circulação de dados em grande quantidade se mostraram essenciais a possibilitar respostas rápidas e eficientes na execução de medidas de mitigação da transmissão do vírus e organização dos serviços de saúde, diagnóstico, manejo clínico e de reabilitação pelos governos de países como Coreia do Sul e própria China.

Na Coreia do Sul o monitoramento não apenas identifica como acompanha em tempo real a geolocalização de milhares de pessoas, onde indivíduos com passagem ou estadia em locais classificados pelas autoridades sanitárias como de alto risco são obrigados a se registrar em aplicativo do governo. Ao se registrar o indivíduo responde a uma série de perguntas sobre sua saúde e estado geral e passará a ter todos os seus passos monitorados, medida que tem o objetivo de garantir que o local de isolamento não seja abandonado e que se torne um vetor de disseminação do vírus<sup>6</sup>.

Este tipo de recurso vem sendo utilizado também em outros países, como Estados Unidos, Itália, Áustria, África do Sul, Coreia do Sul, Espanha, França e Israel.

Importante pontuar que, apesar das críticas e ponderações relacionadas ao uso desse tipo de tecnologia em alguns dos países do bloco europeu, certo é que mesmo o Regulamento Europeu vigente desde 2018 não veda o tratamento de dados sensíveis, inclusive sem consentimento, para o combate à pandemia e outras situações emergenciais<sup>7</sup>.

---

Health Organization (WHO). *Critical preparedness, readiness and response actions for COVID-19*. Geneva: WHO; 2020. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/critical-preparedness-readiness-and-response-actions-for-covid-19>. Acesso em: 07 set. 2020.

6 SOUZA, Maria Luciana Pereira de. **O dilema da proteção de dados em época de coronavírus**. Disponível em: <https://www.oabrj.org.br/noticias/dilema-protacao-dados-epoca-coronavirus-maria-luciana-pereira-souza>. Acesso em: 30 ago. 2020.

7 “(54) O tratamento de categorias especiais de dados pessoais pode ser necessário por razões de interesse público nos domínios da saúde pública, em o consentimento do titular dos dados. Esse tratamento deverá ser objeto de medidas adequadas e específicas, a fim de defender os direitos e liberdades das pessoas singulares. Neste contexto, a noção de «saúde pública» deverá ser interpretada segundo a definição constante do Regulamento (CE) nº 1338/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho <sup>(1)</sup>, ou seja, todos os elementos relacionados com a saúde, a saber, o estado de saúde, incluindo a morbilidade e a incapacidade, as determinantes desse estado de saúde, as necessidades de cuidados de saúde, os recursos atribuídos aos cuidados de saúde, a prestação de cuidados de saúde e o acesso universal aos mesmos, assim como as despesas e o financiamento dos cuidados de saúde, e as causas de mortalidade. Tais atividades de tratamento de dados sobre a saúde autorizadas por motivos de interesse público não deverão ter por resultado que os dados sejam tratados para outros fins por terceiros, como os empregadores ou as companhias de seguros e entidades bancárias”. EUR. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, 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 e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Pro-**

Em recente trabalho publicado na Revista de Ciência e Saúde Coletiva, foi destacado que “a dificuldade de realizar diagnóstico da infecção na população em geral, iniciativas tecnológicas vêm sendo desenvolvidas para que seja possível rastreamentos de sintomas, contatos e deslocamentos considerados componentes importantes para subsidiar estratégias de monitoramento e vigilância de contágios pelos governos. Grandes apostas têm sido feitas no desenvolvimento de aplicativos que coletam dados pessoais, de geolocalização e circulação das pessoas. Práticas que suscitam questionamentos sobre os tipos e as quantidades de dados necessários, e dos desafios éticos, legais e técnicos que permeiam a coleta, o acesso, o compartilhamento e a utilização desses dados. (...) O panorama aponta para que, nas próximas fases em que a sociedade estará se adaptando a conviver com o vírus, caberá ao uso de dados pessoais e aplicativos ou dispositivos um papel de destaque não somente na medição do contato, mas também para finalidades como verificar o cumprimento do isolamento, de quarentena, de verificação probabilística de contágio, do gerenciamento de permissões para a pessoa sair em público, entre muitas outras”<sup>8</sup>.

Em que pese a crise humanitária e dos benefícios verificados nos países que fizeram uso do compartilhamento de dados pessoais em larga escala, as críticas se levantam diante do temor de que haja a utilização abusiva das ferramentas de monitoramento, descomprometido com os sistemas de proteção de dados pessoais vigentes e que possam significar o sacrifício de direitos e liberdades fundamentais que foram conquistados, também, ao custo de inúmeras vidas<sup>9</sup>. Até que ponto o interesse coletivo deve avançar sobre o interesse individual?

## A experiência brasileira

No Brasil, antes da vigência da Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD) e em função da pandemia, foram anunciadas iniciativas de vários estados<sup>10</sup>, municípios e até da União Federal<sup>11</sup> de buscar a formalização de convênios com as concessionárias de prestadoras de serviço público de telefonia móvel para compartilhamento de dados de des-

---

**teção de Dados).** OJ L 119, 4.5.2016. p. 1-88. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em: 10 abr. 2020.

- 8 LMEIDA, Bethania de Araujo et al. Preservação da privacidade no enfrentamento da COVID-19: dados pessoais e a pandemia global. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 25, supl. 1, p. 2487-2492, 2020. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232020006702487&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232020006702487&tlng=pt). Acesso em: 02 set. 2020.
- 9 SOUZA, **O dilema da proteção de dados em época de coronavírus**. Acesso em: 30 ago. 2020.
- 10 VALENTE, Jonas. Covid – 19: iniciativas usam monitoramento e geram preocupações. **Agência Brasil**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-04/covid-19-iniciativas-usam-monitoramento-e-geram-preocupacoes>. Acesso em: 10 abr. 2020.
- 11 MAGENTA, Matheus. Coronavírus: governo brasileiro vai monitorar celulares para conter pandemia. **BBC News em Londres**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52154128>. Acesso em: 03 abr. 2020.

locamento dos usuários, através de “sistemas de monitoramento inteligente”, como estratégia de monitoramento dos deslocamentos dos indivíduos e contenção da transmissão do vírus.

Conforme amplamente noticiado, através das parcerias, São Paulo, Rio de Janeiro e Recife, poderiam acessar dados dos usuários da rede de telefonia móvel e gerar “mapas de calor” que orientariam parte das ações de contingenciamento da propagação da doença causada pelo vírus<sup>12</sup>. Também foi anunciado que o governo federal firmaria parceira com Claro, Vivo, Oi, TIM e Algar, que forneceriam dados agregados sobre a circulação de pessoas<sup>13</sup>. Segundo a Agência Brasil, o programa permitiria que as autoridades pudessem verificar “em tempo real e no recorte territorial, mapeando à distância a movimentação por bairro”<sup>14</sup>.

Em entrevista à mesma Agência Brasil<sup>15</sup>, o Presidente do Sindicato das Empresas de Telecomunicação (Sinditelebrasil) afirmou que somente são disponibilizadas para o governo dados estatísticos agregados e que não seriam disponibilizados números de linha ou nome dos usuários, uma vez que os dados seriam anonimizados e agregados. Acrescentou que o Marco Civil da Internet e a Lei de Proteção de Dados estariam sendo respeitados<sup>16</sup>.

Essa iniciativa, cujos moldes são menos invasivos que aqueles utilizados na Coreia do Sul, se inspira em estratégia utilizada na Espanha. Nada obstante, até o início de abril o governo ainda não havia definido a quem caberia a governança desses dados, se ao Ministério da defesa ou ao da Ciência e tecnologia, por exemplo<sup>17</sup>.

A preocupação com o possível desvirtuamento dessas ferramentas e com a perpetuação do armazenamento e utilização desses dados, os quais inicialmente se dá com propósito legítimo e específico, por tempo determinado, nos parece pertinente. Isso porque, esses dados, mesmo antes da vigência da LGPD, só poderiam ser obtidos mediante ordem judicial, consoante disposição do Marco Civil<sup>18</sup>.

Sobre o mundo pós pandemia e o crescimento expressivo de aplicativos

---

12 OUZA, **O dilema da proteção de dados em época de coronavírus**. Acesso em: 30 ago. 2020.

13 VALENTE, Covid – 19: iniciativas usam monitoramento e geram preocupações. Acesso em: 10 abr. 2020.

14 Ibid., Acesso em: 10 abr. 2020.

15 A Agência Brasil é gerida pela Empresa Brasileira de Comunicação (EBC) e dispõe sobre informações divulgadas pelo governo brasileiro. A Agência Brasil foi criada durante o governo de Fernando Collor de Mello em substituição à extinta Empresa Brasileira de Notícias, que por sua vez era continuidade da Agência Nacional, criada por Getúlio Vargas.

16 VALENTE, Covid – 19: iniciativas usam monitoramento e geram preocupações. Acesso em: 10 abr. 2020.

17 MAGENTA, Coronavírus: governo brasileiro vai monitorar celulares para conter pandemia. Acesso em: 03 abr. 2020.

18 BRASIL. Lei 12.965/2014. **Marco Civil da Internet**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 10 abr. 2020



de *Contact Tracking* e outros tipos de plataformas de monitoramento a *Data Privacy Brasil* publicou o seu informe # 7, “dados e vírus”, apontando que “entre as mudanças que podemos sinalizar e que já vem se tornando realidade pelo mundo é o avanço das plataformas de monitoramento. (...)tais ferramentas se multiplicaram pelo mundo sob a justificativa do combate à pandemia, mas nem sempre observando os direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados dos indivíduos”. A publicação acrescenta que alguns países como Reino Unido, França e diversos estados do Estados Unidos teria adotado a tecnologia de forma voluntária, estimulando utilização pela dos aplicativos diante da “onipresença” dos aparelhos telefonia móvel. Contudo, alerta, que países autocráticos como China, Irã e Turquia apostaram na obrigatoriedade da utilização dos aplicativos e que segundo relatório do *Big Data Institute* de Oxford “pelo menos 80% dos usuários de celulares da região precisam aderir ao aplicativo para que ele seja realmente útil. Até o momento o aplicativo com abordagem voluntária de maior sucesso é o da Islândia, com apenas 38% da população utilizando a tecnologia”<sup>19</sup>.

Na mesma publicação da Agência Brasil aqui já referida, foi apontado que a Internacional Electronic Frontier Foundation (EFF), quando levada a analisar medidas de monitoramento com as de compartilhamento de dados agregados de localização dos usuários, alertou sobre a possibilidade de identificar pessoas mesmo com dados agregados de localização, bem como defendeu “que seja pedido o consentimento dos usuários e que, na impossibilidade disso diante de situações excepcionais como a da pandemia, que estes possam escolher não fornecer seus dados ou apagá-los”<sup>20</sup>. Também foi mencionada fala da Presidente do Instituto de Pesquisa em Direito e tecnologia do Recife (IP.rec), que alertou que a medida, além de temporária para o monitoramento pretendido, “é necessário que haja transparência, possibilidade de auditoria pela sociedade civil e proteção aos dados pessoais sensíveis, no mínimo, para que a população tenha algum tipo de controle e conhecimento sobre o que está sendo feito e de que maneira”<sup>21</sup>. O Governo Federal, por iniciativa do Presidente da República, Jair Bolsonaro, retrocedeu em relação ao referido monitoramento, que atingiria 222 milhões de linhas telefônicas.

No sentido de se privilegiar a transparência, também foi o posicionamento da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) quando questionada sobre o rastreamento dos usuários de telefonia móvel como medida de combate à propagação do covid-19. Naquela oportunidade apresentou algumas considerações ressaltando que: (1) a LGPD constitui importante baliza na aferição da regularidade das ações, mesmo que ainda não estivesse, à época, vigente; (2) a coleta de dados está sujeita aos ditames da Constituição

19 DATA PRIVACY BRASIL. #Informe 7 – Os dados e o vírus – 30 de maio a 05 de junho. Disponível em: <https://dataprivacy.com.br/informe-7-os-dados-e-o-virus-30-de-maio-a-05-de-junho/>. Acesso em: 10 set. 2020.

20 VALENTE, Covid – 19: iniciativas usam monitoramento e geram preocupações. Acesso em: 10 abr. 2020.

21 Ibid., Acesso em: 10 abr. 2020.

Federal, de modo que deve haver a ponderação entre tutela da saúde e privacidade, sendo possível a sua harmonização de forma motivada e transparente; (3) que o juízo de proporcionalidade deve ser observado e o custo-benefício analisado em cotejo com outras soluções menos invasivas, bem como que o consenso de individual deve ser levado em conta e, quando sacrificado, que o seja motivadamente; (4) que a cultura da proteção de dados no Brasil ainda é incipiente, mas que cabe ao Poder Público a proteção dos indivíduos pois os reflexos da crise podem ser mais duradouros que ela própria<sup>22</sup>.

Dias depois da publicação da manifestação da Anatel, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)<sup>23</sup> publicou suas políticas públicas para responder ao coronavírus. As principais mensagens contidas na publicação foram resumidas em quatro pontos logo no início do texto disponibilizado, onde restou concluído que as “as soluções digitais atuais para monitoramento e contenção têm implicações variadas para privacidade e proteção de dados” e que “soluções responsáveis e transparentes de preservação da privacidade devem ser implementadas para equilibrar os benefícios e os riscos associados à coleta, processamento e compartilhamento de dados pessoais. Os dados devem ser retidos apenas durante o tempo necessário para servir à finalidade específica para a qual foram coletados”<sup>24</sup>.

Por fim, cabe mencionar que o Brasil promulgou a Lei 13.979/2020 sobre as medidas para enfrentamento da crise internacional de saúde provocada pelo coronavírus e que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais em seu artigo 6<sup>25</sup>, onde há expressa salvaguarda do direito ao sigilo das informações pessoais, de modo que o monitoramento pretendido pelas autoridades governamentais em todas as esferas restará permitido apenas se os dados compartilhados forem anônimos ou anonimizados (já que não são dados pessoais para os fins da LGPD), se meramente geográficos, se respeitarem as finalidades

22 BRASIL. ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações. **Posicionamento da Anatel a respeito da utilização de rastreamento de usuários de telecomunicações no âmbito de medidas no combate à pandemia de Covid-19**. Publicado em: 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/institucional/component/content/article/46-noticias/2561-posicionamento-da-anatel-a-respeito-da-utilizacao-de-rastreamento-de-usuarios-de-telecomunicacoes-no-ambito-de-medidas-no-combate-a-pandemia-de-covid-19>. Acesso em: 10 set. 2020.

23 Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD.

24 Publicado em: 23 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/rastreamento-e-monitoramento-da-covid-protacao-da-privacidade-e-dados-dados-pessoais-na-utilizacao-de-aplicativos-e-biometria-78260de1/>. Acesso em: 10 set. 2020.

25 “Art. 6º É obrigatório o compartilhamento entre órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação.

§ 1º A obrigação a que se refere o caput deste artigo estende-se às pessoas jurídicas de direito privado quando os dados forem solicitados por autoridade sanitária.

§ 2º O Ministério da Saúde manterá dados públicos e atualizados sobre os casos confirmados, suspeitos e em investigação, relativos à situação de emergência pública sanitária, resguardando o direito ao sigilo das informações pessoais”.

específicas do tratamento e ser for temporário, se for garantida a informação e transparência aos usuários acerca do tratamento e descarte, bem como se a base de dados puder ser auditada.

## A experiência russa

Na Rússia, a lei de proteção de dados, Lei 152-ФЗ de 2006, e a lei que a altera em parte Lei Federal 261-FZ de 25 de julho de 2011, modificada novamente em 24 de abril de 2020, é bem mais antiga que a lei de proteção de dados da Europa e a lei brasileira<sup>26</sup>. Assim, os russos não estranharam o uso de dados pessoais para monitoramento de deslocamentos, pois nas ruas de diversas cidades russas há câmeras espalhadas por toda cidade e cooperam tanto com a solução de crimes e como com o monitoramento do tráfego de veículos.

Essa tecnologia e o uso de dados foram amplamente utilizados até na Copa do Mundo de 2018 na Rússia com gravações de vídeo pelas ruas, ocasião em que muitos crimes foram solucionados em função da utilização dessa ferramenta. Em 2019, os metros de Moscou começaram a usar o reconhecimento facial nas catracas e há previsão de que será a primeira cidade a utilizar o reconhecimento facial para confirmação do pagamento da passagem de metro<sup>27</sup>.

Assim, com a pandemia de COVID 19, quando o governo russo determinar determinou, durante o lockdown, o uso de passes pessoais com QR CODE por cadastro em site da prefeitura de Moscou para deslocamentos diários pela cidade, determinação não causou grande estranheza à população e teve ampla adesão<sup>28</sup>.

Além disso, ao longo de toda pandemia o governo mantém o acompanhamento das pessoas infectadas via aplicativo do celular que indica se o indivíduo continua a manter o isolamento e não saiu realmente de casa, através do uso de dados de geolocalização, demandando informações medicas e biométricas dos infectados, bem como instituindo diversas penalidades para quem não seguir as recomendações.

26 A RGPD, Regulamento de número 2016/679, com sua origem na Europa e a sua promulgação em 25 de Maio de 2018, já a LGPD, Lei de número 13.709/2018, tem sua origem no Brasil com sua gênese em 14 de agosto de 2018. A lei russa pode ser acessada em: Disponível em: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_61801/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_61801/). Acesso em: 18 nov. 2020. É Disponível em: <http://docs.cntd.ru/document/902291063>. Acesso em: 18 nov. 2020 e disponível em: <http://docs.cntd.ru/document/901990046>. Acesso em: 18 nov. 2020.

27 Disponível em: <https://br.rbth.com/estilo-de-vida/84421-metro-moscou-tecnologia-pagamento-facial#:~:text=Metr%C3%B4%20de%20Moscou%20ter%C3%A1%20tecnologia%20para%20pagamento%20por%20reconhecimento%20facial,-Estilo%20de%20vida&text=De%20acordo%20com%20a%20Prefeitura,partir%20de%20meados%20de%202021>. Acesso em: 18 nov. 2020.

28 O aplicativo usado o NEDOMA. Disponível em: <https://mos-ru.org/nedoma-mos-ru/>. Acesso em: 18 nov. 2020. Foi amplamente utilizado em Moscou ao contrário do aplicativo português Stay away COVID.

Recentemente foi divulgado por publicação do Estado de Minas<sup>29</sup> que 100.000 mil câmeras monitoravam o confinamento em Moscou permanentemente, onde desde fevereiro aqueles que retornam de países afetados pela COVID 19 são submetidos a um estrito confinamento por 14 dias a fim de conter a propagação da doença. Todos foram cadastrados com endereços, números de passaporte e telefone em bancos de dados da Capital que tem 16 milhões de habitantes e visitantes por dia. Até março mais de 240 pessoas foram identificadas pela polícia violando a regra da quarentena através da utilização desse sistema de monitoramento. Uma chinesa que teria violado a quarentena, teria dado ensejo ao monitoramento da amiga, também chinesa, que a visitou e do motorista de táxi que transportou a segunda, bem como ao tratamento dos dados pessoais de mais de 600 vizinhos das duas mulheres.

Mesmo possuindo leis de proteção de dados menos rígidas que a existente na Europa e estando os russos acostumados com os sistemas de vigilância, as ferramentas de monitoramento pessoal utilizadas foram objeto de críticas diante da possibilidade de serem utilizadas para fins políticos e para restringir liberdades públicas.<sup>30</sup>

---

29 Em Moscou, 100.000 câmeras vigiam os confinados e todos os demais. Publicado em 24 de março de 2020. Disponível em [https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/03/24/interna\\_internacional,1131887/em-moscou-100-000-cameras-vigiam-os-confinados-e-todos-os-demais.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/03/24/interna_internacional,1131887/em-moscou-100-000-cameras-vigiam-os-confinados-e-todos-os-demais.shtml). Acesso em: 18 nov. 2020.

30 «É o argumento da segurança que sempre justifica a perda de privacidade e liberdade pessoal. É aí que reside o maior problema», opina o pesquisador francês Baptiste Robert. Alexandre Minin afirma que confia nas autoridades e que as imagens e “informações sobre as pessoas não são mantidas no mesmo banco de dados”. Fonte: Em Moscou, 100.000 câmeras vigiam os confinados e todos os demais. Publicado em 24 de março de 2020. Disponível em [https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/03/24/interna\\_internacional,1131887/em-moscou-100-000-cameras-vigiam-os-confinados-e-todos-os-demais.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/03/24/interna_internacional,1131887/em-moscou-100-000-cameras-vigiam-os-confinados-e-todos-os-demais.shtml). Acesso em: 18 nov. 2020.



**Figura 1** - Reconhecimento Facial no metrô de Moscou<sup>31</sup>.

Fonte: Disponível em: <https://pbs.twimg.com/media/EJbYKANWkAlofSZ.jpg>.  
Acesso em: 18 de novembro de 2020.

nedoma.mos.ru

### Digital Pass Check

To check the validity period of the digital pass, as well as if you need to add or change data about the vehicle, the Troika / Strelka card or the Muscovite social card, enter the previously received 16-digit code.

Digital Pass Code

I'm not a robot

reCAPTCHA  
Privacy - Terms

Verify

Get a QR code

**Figura 2** - Passe NEDOMA.

31 Câmera (luz verde) nas catracas do metro de Moscou.



**Figura 3** - Passe pessoal usado durante a pandemia de COVID 19.

Fonte: <https://mos-ru.org/nedoma-mos-ru/>. Acesso em: 18 nov. 2020.

## Conclusão

Assim, nos parece que todos estão de acordo que a pandemia é uma situação excepcional, grave e sua contenção e monitoramento se sobrepõe aos interesses individuais. Contudo, nessas circunstâncias e diante do eventual sucesso obtido em países onde direitos e garantias individuais em maior ou menor grau tenha dado lugar a mecanismos de vigilância, as recomendações das autoridades e organizações nacionais e internacionais preocupadas com os custos à privacidade e à proteção dos dados pessoais coincidem, de uma forma geral, no sentido de que:

- 1) Os dados coletados sejam e permaneçam anônimos;
- 2) Que se restrinjam à finalidade que gerou a coleta;
- 3) Que haja um cuidado maior se coletados dados sensíveis;
- 4) Que haja transparência e a possibilidade de que sejam auditados pela por autoridades nacionais e/ou mesmo pela sociedade civil;
- 5) Que a utilização desses dados seja temporária pelo prazo que durar a

pandemia e que seja assegurado o descarte, uma vez cessada a finalidade.

## Referências

ALMEIDA, Bethania de Araujo et al. Preservação da privacidade no enfrentamento da COVID-19: dados pessoais e a pandemia global. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 25, supl. 1, 2020. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232020006702487&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232020006702487&tlng=pt). Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. ANATEL -Agência Nacional de Telecomunicações. **Posicionamento da Anatel a respeito da utilização de rastreamento de usuários de telecomunicações no âmbito de medidas no combate à pandemia de Covid-19**. Publicado em: 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/institucional/component/content/article/46-noticias/2561-posicionamento-da-anatel-a-respeito-da-utilizacao-de-rastreamento-de-usuarios-de-telecomunicacoes-no-ambito-de-medidas-no-combate-a-pandemia-de-covid-19>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Lei 12.965/2014. **Marco Civil da Internet**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 10 abr. 2020. DATA PRIVACY BRASIL. **#Informe 7 – Os dados e o vírus – 30 de maio a 05 de junho**. Disponível em: <https://dataprivacy.com.br/informe-7-os-dados-e-o-virus-30-de-maio-a-05-de-junho/>. Acesso em: 10 set. 2020. Disponível em: <http://docs.cntd.ru/document/902291063>. Acesso em: 18 nov. 2020. Disponível em: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_61801/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_61801/). Acesso em: 18 nov. 2020.

ESTADO DE MINAS. **Em Moscou, 100.000 câmeras vigiam os confinados e todos os demais**. Publicado em 24 de março de 2020. Disponível em [https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/03/24/interna\\_internacional,1131887/em-moscou-100-000-cameras-vigiam-os-confinados-e-todos-os-demaiss.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/03/24/interna_internacional,1131887/em-moscou-100-000-cameras-vigiam-os-confinados-e-todos-os-demaiss.shtml). Acesso em: 18 nov. 2020.

EUR. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 27 de abril de 2016. OJ L 119, 4.5.2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em: 10 abr. 2020.

GLOBO. Novo coronavírus é emergência de saúde internacional, declara OMS. **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/01/30/novo-coronavirus-e-emergencia-de-saude-internacional-declara-oms.ghtml>. Acesso em: 10 nov. 2020.

LOURENÇO, Enio. **A vigilância massiva será o legado da pandemia?** 23 de setembro de 2020. Disponível em: <https://direitosnarede.org.br/2020/09/23/a-vigilancia-massiva-sera-o-legado-da-pandemia/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

MAGENTA, Matheus. Coronavírus: governo brasileiro vai monitorar celulares para conter pandemia. **BBC News em Londres**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52154128>. Acesso em: 03 abr. 2020.

SAS. **Machine Learning: O que é e qual sua importância?** Disponível em: [https://www.sas.com/pt\\_br/insights/analytics/machine-learning.html](https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/machine-learning.html). Acesso em: 7 set. 2020.

SOUZA, Maria Luciana Pereira de. **O dilema da proteção de dados em época de coronavírus.** Disponível em: <https://www.oabrp.org.br/noticias/dilema-protecao-dados-epoca-coronavirus-maria-luciana-pereira-souza>. Acesso em: 30 ago. 2020.

VALENTE, Jonas. Covid – 19: iniciativas usam monitoramento e geram preocupações. **Agência Brasil.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-04/covid-19-iniciativas-usam-monitoramento-e-geram-preocupacoes>. Acesso em: 10 abr. 2020.

VEJA. **Mundo pode atingir 2,8 milhões de mortes por Covid-19 até ao final do ano.** Veja saúde. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/mundo-pode-atingir-28-milhoes-de-mortes-por-covid-19-ate-fim-do-ano/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

WHO. *Coronavirus Disease (COVID-19) Dashboard.* Geneva, 2020. Disponível em: <https://covid19.who.int/>. Acesso em: 07 set. 2020.

WHO. *Critical preparedness, readiness and response actions for COVID-19.* Geneva: WHO; 2020. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/critical-preparedness-readiness-and-response-actions-for-covid-19>. Acesso em: 07 set. 2020.



# **BASES DE DADOS E INVESTIGAÇÃO BIOMÉDICA: DATA LEX E INVESTIGAÇÃO EPIDEMIOLÓGICA – UM REGIME BICÉFALO PARA O DIREITO HUMANO À PRIVACIDADE**

**Patrícia Cardoso Dias**

Universidade Autónoma de Lisboa “Luís de Camões”

Professora Convidada na Universidade Autónoma de Lisboa “Luís de Camões”

Mestre e doutoranda em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa “Luís de Camões”

## **Resumo:**

A presidir ao quadro legal aplicável à proteção da informação relativa à saúde e de natureza genética encontra-se o primado da pessoa humana. Trata-se, por isso, de um sistema complexo em que a segurança dos dados relativos à saúde e dos dados genéticos resultam da conjugação de níveis diferenciados de comandos normativos internacionais e internos, que comungam de um denominador comum, o direito humano à privacidade (conforme resulta do artigo 12.º da DUDH) enquanto sua matriz fundante. Atendendo a que as bases de dados de investigação biomédica assumem uma natureza particularmente dinâmica assente num sistema de partilha de dados de saúde, enquadrando-se no âmbito de uma infraestrutura de interoperabilidade e cooperação transfronteiriça entre biobancos com o objetivo de melhorar a qualidade e segurança dos cuidados de saúde para os indivíduos, o tratamento de dados deve sempre observar as regras de proteção de dados pessoais tendo em consideração que, em primeira instância, se trata de um direito humano fundamental.

**Palavras-chave:** Dados de saúde; Dados genéticos; Investigação biomédica; Amostras biológicas; Privacidade.

**Reserva sobre a intimidade da vida privada e privacidade: a necessidade de uma proteção reforçada para os dados pessoais de saúde e genéticos**

O direito à privacidade é reconhecido no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH de 1950)<sup>1</sup> e no artigo 12.º da Declaração

---

<sup>1</sup> «Artigo 8.º da CEDH – Direito ao respeito pela vida privada e familiar 1. Qualquer pessoa

Universal dos Direitos Humanos (DUDH de 1948)<sup>2</sup> como direito humano fundamental, mas a tutela àquela concedida decorre do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Todavia, o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e privacidade e o direito à proteção de dados pessoais, não obstante se encontrem intrinsecamente ligados, são direitos distintos.

Conforme se alcança das disposições do artigo 8.º da CEDH e do artigo 12.º da DUDH são proibidas quaisquer ingerências dos poderes públicos no exercício do direito ao respeito pela vida privada, salvo quando a respetiva ingerência se encontre prevista em lei e seja necessária no contexto de uma sociedade democrática, designadamente, para proteção de interesses coletivos relevantes como o é a proteção da saúde<sup>3</sup>. Significa isto que o direito à reserva sobre a intimidade da privada e o direito à proteção de dados pessoais distinguem-se na sua formulação e alcance porquanto o primeiro consiste numa proibição genérica de ingerência que apenas poderá ser legitimada por critérios de interesse geral superior (sempre sujeitos a ponderação)<sup>4</sup>, e o segundo num mecanismo de segurança e proteção para o titular dos dados sempre que estes sejam objeto de tratamento.

A noção do legislador europeu do conceito de tratamento de dados pessoais conhece uma amplitude significativa compreendendo uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, como sejam a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação, a alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição<sup>5</sup>.

---

tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros». CONVENÇÃO Europeia dos Direitos do Homem, ([https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf))

2 «Artigo 12.º da DUDH – Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques». Cfr. DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos (<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>).

3 A proteção da saúde encontra-se apenas prevista na parte final do artigo 8.º da CHDH.

4 «El derecho a la privacidad se refiere a situaciones en las que se ha visto lesionado un interés particular o «la vida privada» de una persona. (...) el concepto de «vida privada» ha tenido una interpretación amplia en la jurisprudencia en el sentido de que se aplica a situaciones íntimas, información sensible o confidencial, información que podría perjudicar la percepción de la ciudadanía respecto de una persona e incluso aspectos de la propia vida profesional y conducta pública. Sin embargo, la determinación de si existe o ha existido (o no) una injerencia en la «vida privada» depende del contexto y de los hechos de cada caso». Cfr. AGENCIA de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Manual de legislación europea en materia de protección de datos. P. 23.

5 N.º 2 do artigo 4.º REGULAMENTO (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do

Objeto destas operações são, nos termos do n.º 1 do artigo 4.º do RGPD os dados pessoais consubstanciados em quaisquer informações relativas a uma pessoa singular, titular de dados pessoais, identificada ou identificável, considerando-se identificável a pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, por referência particularmente a um identificador, como seja o nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um, ou mais, aspetos específicos da sua identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular<sup>6</sup>.

Nestes termos, o direito à proteção de dados pessoais é sempre convocado no âmbito de qualquer operação de tratamento de dados pessoais, apresentando um alcance naturalmente mais amplo que o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, porquanto a tutela que dele procede concerne a todas as operações e categorias de dados pessoais tratados independentemente da relação que se estabelece com a privacidade e impactos que nesta se apontem, sendo certo que os efeitos observáveis variam na sua maior ou menor dimensão de gravidade em função da natureza ou categoria de dado tratado<sup>7</sup>.

Ora, no contexto da investigação biomédica adquirem particular relevância dados pessoais de saúde que, atenta a particular sensibilidade que os caracteriza conhecem precisas bases jurídicas que legitimam o seu tratamento, mas de igual forma exigem garantias adequadas face à especificidade desta categoria. Nos termos do n.º 15 do artigo 4.º do RGPD são dados pessoais de saúde os «(...) dados relacionados com a saúde física ou mental de uma pessoa singular, incluindo a prestação de serviços de saúde, que revelem in-

---

Conselho, 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 e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)», (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>) acesso em 2020-07-26. Doravante designado RGPD ou Regulamento (UE) 2016/679.

6 REGULAMENTO (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>), acesso em 2020-07-26.

7 «El tratamiento de datos personales también puede violar el derecho a la vida privada (...) Sin embargo, no es necesario demostrar una violación de la vida privada para que se apliquen las normas de protección de datos. (...) Por el contrario, cualquier operación que implique el tratamiento de datos personales podría entrar en el ámbito de aplicación de la normativa de protección de datos y dar lugar a que se aplique el derecho a la protección de los datos personales. Por ejemplo, cuando una empresa registre información relativa a los nombres de sus empleados y a la remuneración que reciban, el mero registro de esta información no podrá considerarse injerencia en su vida privada. Sin embargo, sí podría alegarse que existe tal injerencia, por ejemplo, en el caso de que el empresario comunicase información personal de los empleados a terceros. En cualquier caso, los empresarios deben cumplir la normativa de protección de datos, puesto que el registro de información de los empleados constituye tratamiento de datos». Cfr. AGENCIA de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Manual de legislación europea en materia de protección de datos. P. 22-23.

formações sobre o seu estado de saúde»<sup>8 9</sup>.

A especial sensibilidade desta categoria de dados pessoais convoca uma tutela qualificada atendendo aos impactos negativos que se podem produzir na esfera jurídica pessoal do titular. A informação de saúde<sup>10</sup> encontra-se, por isso, sujeita a um regime de proteção reforçado por corresponder a uma categoria de dados pessoais que é suscetível de gerar ou promover a estigmatização dos respetivos titulares por via da revelação de aspetos da sua fisiologia orgânica que enformam o reduto máximo da privacidade, bem como a discriminação do indivíduo e familiares que partilhem a mesma informação genética.

Trata-se, neste sentido, de uma tutela reforçada incidente sobre a reserva da individualidade da pessoa consigo própria que se consubstancia em, acompanhando Rabindranath Capelo de Sousa, «(...) caracteres de acesso privado do seu corpo, da sua saúde, da sua sensibilidade (...)»<sup>11</sup>, traduzida na proteção de um interesse específico na confidencialidade da informação, por via da faculdade de evitar ou controlar a revelação de informação pessoalíssima<sup>12</sup>.

8 A noção de dados pessoais de saúde não pode sequer ser objeto de interpretação restritiva conforme resulta do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no processo C-101/01, designadamente, artigos 50 e 51 do acórdão. Cfr. ACÓRDÃO do Tribunal de Justiça, Processo C-101/01, de 6 de novembro de 2003 (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48382&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11270858>).

9 «Os dados relativos à saúde podem ser obtidos a partir de diferentes fontes como, por exemplo: 1. Informações recolhidas por um prestador de cuidados de saúde na ficha clínica (como a «história clínica» e os resultados de exames e tratamentos); 2. Informações que se convertem em dados de saúde através do cruzamento com outros dados, revelando assim o estado de saúde ou os riscos de saúde (como pressuposto de que uma pessoa apresenta um risco mais elevado de sofrer ataques cardíacos em razão de uma pressão arterial elevada medida durante um determinado período de tempo); 3. Informações provenientes de um inquérito de «autoverificação», em que os titulares dos dados respondem a perguntas relacionadas com a sua saúde (por exemplo, indicação de sintomas); 4. Informações que se convertem em dados de saúde devido à sua utilização num contexto específico (tais como, as informações relativas a uma viagem recente ou à presença numa região afetada pelo COVID-19 processadas por um profissional de saúde para fazer um diagnóstico)». COMITÉ Europeu de Proteção de Dados – Diretrizes 03/2020 sobre o tratamento de dados relativos à saúde para efeitos de investigação científica no contexto do surto de COVID-19, ([https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb\\_guidelines\\_202003\\_healthdatascientificresearchcovid19\\_pt.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202003_healthdatascientificresearchcovid19_pt.pdf)), acesso em 2020-04-29, P. 5.

10 Nos termos do disposto no artigo 2.º da Lei N.º 12/2005, de 26 de janeiro, relativa à informação genética pessoal e informação de saúde, a informação de saúde compreende todo o tipo de informação, direta ou indireta, legada à saúde, presente ou futura, de uma pessoa, quer se encontre com vida ou tenha falecido, bem como a sua história clínica e familiar. Note-se que a informação médica, para efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 5.º da mesma lei deverá ser compreendida em conjugação com o disposto no na alínea a) do artigo 3.º da Diretiva 2011/24/CE. Cfr. LEI n.º 12/2005, de 26 de janeiro, ([http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1660&etabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1660&etabela=leis)); DIRETIVA 2011/24/CE, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0024&from=PT>), acesso em 2020-07-19.

11 SOUSA, Rabindranath Capelo de – O Direito Geral de Personalidade. P. 324-325.

12 PINTO, Paulo Mota – Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais. Estudos. P.

A particular sensibilidade desta categoria de dados agudiza-se relativamente aos dados genéticos que, nos termos do n.º 13 do artigo 4.º do RGPD, enformam os dados pessoais que versam sobre as características genéticas, hereditárias ou adquiridas, de uma pessoa singular, que revelam informações únicas sobre a fisiologia ou a saúde da pessoa em causa e que resultem, designadamente, de análises de uma amostra biológica proveniente daquela pessoa singular<sup>13</sup>. Trata-se, assim, de informação de saúde, mas cujo alcance é mais abrangente, não só por força da vocação preditiva diretamente ligada à saúde de pessoas saudáveis, mas de igual forma por incidir sobre as características hereditárias da pessoa singular, e neste sentido de várias pessoas entre si aparentadas de um determinado grupo biológico (familiares)<sup>14</sup>.

A especificidade desta categoria de dados é, bem assim, evidenciada no artigo 4.º da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, porquanto são suscetíveis de terem um impacto alargado nas relações familiares da pessoa em causa, mas de igual forma por serem preditivos de predisposições genéticas individuais e conterem informações cuja importância não é conhecida no momento da recolha das amostras biológicas<sup>15</sup>.

Com Célia Ventura, «(...) a informação genética é por alguns considerada diferentes da restante informação médica, pois: é definitiva ao permanecer para toda a vida; pode prever o aparecimento de doenças em indivíduos saudáveis; tem carácter familiar e não individual; afecta a descendência futura; pode revelar características não-médicas; possibilita simultaneamente a identificação do indivíduo»<sup>16</sup>. Enfatiza-se, por isso, que a natureza dos dados recolhidos a partir de uma amostra biológica colocam desafios difusos no que concerne à titularidade das informações protegidas, uma vez que, se da letra do RGPD aparentemente se tutelam os dados de saúde e genéticos de uma pessoa singular, em bom rigor o alcance poderá ser mais vasto porquanto a suscetibilidade de identificação é aplicável a um grupo biológico ao qual a pessoa singular pertence.

Acompanha-se, assim, de perto Tatiana Duarte, porquanto «A tutela da informação pessoal contida nos dados genéticos reclama uma transmutação da perspetiva individual(ista) do conceito de titularidade dos dados para o

506-507.

13 REGULAMENTO (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=cele-x%3A32016R0679>).

14 «Durante décadas, a informação genética foi considerada especialmente sensível ao estar tipicamente associada a alterações genéticas de elevada penetrância, ou seja, situações em que a presença de uma determinada alteração genética corresponde a uma probabilidade elevada de doença. As patologias genéticas monogénicas (...) São normalmente doenças raras e muitas vezes fatais, em que a qualidade de vida dos doentes é francamente reduzida, tendo o peso acrescido de poderem afectar outros familiares, incluindo a própria descendência. Pode, assim, falar-se não apenas num indivíduo doente, mas de uma família doentes». VENTURA, Célia – Biobancos e Investigação Genética. P. 24.

15 DECLARAÇÃO Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, ([declaracao\\_inter\\_dados\\_genericos.pdf](#) (saude.gov.br)), acesso em 2020-10-10.

16 VENTURA, Célia – Biobancos e Investigação Genética. P. 25.

conceito de titularidade biológica – sob pena de se abdicar da tutela de informação sensível sobre indivíduos pertencentes a um mesmo grupo biológico do titular da amostra»<sup>17</sup>.

## A importância da vigilância em saúde pública

A vigilância em saúde pública assume significados mais amplos ou mais restritos entre ordenamentos jurídicos, optando-se assim pela definição adotada pela Organização Mundial de Saúde que a caracteriza como a atividade contínua e sistemática de recolha, análise e interpretação de informação de saúde necessária ao planeamento, implementação e avaliação das práticas empregues no domínio da saúde pública<sup>18</sup>, intrinsecamente sistémica, e que reúne convergência relativamente à importância primária da informação recolhida.

Nos termos do Regulamento Sanitário Internacional, “vigilância” consiste na recolha, compilação e análise sistemáticas e contínuas de dados para efeitos de saúde pública, bem como a difusão, em tempo útil, de informação de saúde pública para efeitos de avaliação e resposta em saúde pública, de acordo com as necessidades<sup>19</sup>.

A saúde pública, na sua dimensão sistémica, compreende assim todos os elementos relacionados com a saúde, tais como, o estado de saúde, incluindo aqui morbidades e incapacidades, os fatores determinantes do estado de saúde, necessidades de cuidados de saúde, recursos atribuídos aos cuidados de saúde, a prestação de cuidados de saúde e o acesso universal aos mesmos, bem como as despesas e o financiamento dos cuidados de saúde e as causas de mortalidade<sup>20</sup>.

Um catalizador estratégico e prioritário de um eficiente sistema de vigilância em saúde pública é assim a investigação biomédica por via do seu contribuindo, de forma decisiva e permanente, para determinação de padrões e causas de morbidades e mortalidade que, antecipadamente analisadas vêm contribuir para a redução das desigualdades sociais e bem estar coletivo<sup>21</sup>.

---

17 DUARTE, Tatiana – Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados. P. 182.

18 WORLD Health Organization – WHO guidelines on ethical issues in public health surveillance. P. 14.

19 Artigo 1.º do Regulamento Sanitário Internacional de 2005.

20 Alínea c) do artigo 2.º do c) do artigo 2.º do Regulamento (CE) N.º 1338/2008 do Parlamento e do Conselho de 16 de dezembro de 2008.

21 A vigilância em saúde pública que não se acentua apenas em contextos epidemiológicos infecciosos (como a atual circunstância de emergência de saúde pública provocada pelo novo coronavírus SARS-COV-2). Em bom rigor o sistema de vigilância em saúde pública suscita controvérsia inclusivamente pela ingerência (que em abstrato) se pode observar na esfera de liberdade e autodeterminação pessoal dos indivíduos, sendo disto exemplo a determinação do dever geral de quarentena e isolamento social, mais acentuado, no período de estado de emergência motivado pelo surto pandémico. Todavia, a controvérsia não se queda apenas em relação à restrição de liberdades, mas de igual forma em relação à ingerência na esfera de privacidade da pessoa humana que, eventualmente, poderá conduzir a condutas discriminatórias e comportamentos estigmatizantes, atentas as diversas dimensões que lhe subjazem.

A informação recolhida, associada aos dados pessoais que se lhe encontram associados, constituem uma das fontes mais relevantes para a investigação biomédica. Pode-se, assim, afirmar que sem dados não há evolução das ciências da saúde.

## A investigação biomédica

Não obstante a sobejamente reconhecida tensão entre a tutela do direito à privacidade, investigação biomédica e o necessário avanço da área da genética, com Andreia da Costa Andrade, «O desenvolvimento da investigação permitirá, senão o estabelecimento de terapêutica tendente à cura, a possibilidade de diagnóstico precoce e por consequência a intervenção célere e eficaz dos meios técnico-científicos disponíveis»<sup>22</sup>.

Finalidades da investigação biomédica são, assim, a prevenção, o diagnóstico, o tratamento ou a reabilitação, enformando a saúde de amanhã porquanto o seu escopo é precisamente identificar as lacunas do conhecimento científico da saúde e da doença, contribuindo os resultados obtidos por via dela para uma melhor assistência médica (apresentem-se os benefícios para os indivíduos participantes, para um grupo específico, para uma comunidade ou, com carácter geral, para a biomedicina)<sup>23</sup>.

A investigação biomédica, seja interventiva seja observacional, pode efetivamente ser considerada a matriz fundante da plena eficácia da proteção da saúde, seja a título preventivo ou terapêutico, muito contribuindo para este desiderato a análise dos dados genéticos, cujos resultados têm prestado penhorado desenvolvimento ao conhecimento da origem e causas de doenças, promovido o desenvolvimento de terapêuticas, bem como da farmacologia, que permitirão dar respostas eficazes a crises de saúde pública como as provocadas pelo surgimento e propagação de novas estirpes de vírus.

Com o propósito de identificar novos riscos, prever e estabilizar/impe-dir a propagação de agentes patológicos representativos de riscos para a saúde pública, a investigação biomédica veio robustecer a necessidade de recurso a bio repositórios e biobancos que, através do recurso às novas tecnologias, permitem a deteção, investigação e respostas a situações de surtos, epidemias e pandemias, com benefícios concretos para a assistência na área de saúde.

Associadas à integração de novas tecnologias no contexto da análise das informações recolhidas das amostras biológicas constantes dos bio repositórios, surgiram naturalmente preocupações ao nível da privacidade, em particular no que concerne aos dados de saúde e genéticos, – desde logo pela implementação de sistemas de tratamento de dados automatizados, e bem assim pela possibilidade de transferências nacionais e transfronteiriças de amostras

22 ANDRADE, Andreia da Costa – Os biobancos no atual contexto de investigação científica e preocupações de saúde pública. Direito da Saúde. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira. Vol. 5 – Saúde e Direito: Entre a tradição e a novidade. P. 254.

23 COUNCIL of Europe – Guide for Research Ethics Committee Member. P. 8, 58.

de material biológico – porquanto a informação daqueles constante pode conduzir à estigmatização do indivíduo, mas também à de uma família, grupo específico ou comunidade, o que determina que as diversas fontes normativas (vinculantes e não vinculantes) referentes à investigação biomédica, seja a nível nacional ou internacional, tenham necessariamente que considerar hodiernamente a disciplina legal relativa à proteção de dados pessoais<sup>24</sup>.

Ora, a investigação biomédica, enquanto investigação científica, no âmbito da prossecução da salvaguarda dos interesses e bem-estar da pessoa humana não prevalece enquanto interesse único da sociedade ou da ciência (artigo 2.º da Convenção de Oviedo). Um direito intrinsecamente ligado à autonomia, e que se reveste de particular importância no domínio da investigação biomédica, radicado do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada (artigo 10.º da Convenção de Oviedo), é o direito à privacidade cuja proteção legal internacionalmente reconhecida radica do artigo 12.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Consabida que é a estrita dependência da investigação biomédica de grandes quantidades de amostras biológicas, não poderá deixar de causar estranheza a redação do n.º 13 do artigo 4.º do RGPD que ao considerar dados pessoais genéticos apenas os dados resultantes de uma análise a uma amostra biológica, acaba por excluir do conceito de dado pessoal aquela, considerando apenas a informação resultante das análises realizadas à amostra.

Em rigor, e não obstante se reconhecer que se poderão suscitar maiores riscos para a privacidade pelo acesso à informação constante de bases de dados de investigação biomédica, a recolha da amostra biológica deve ser subsumida ao próprio conceito de dados pessoais.

A informação, ou seja, os dados pessoais de saúde e genéticos, resultam da própria amostra biológica recolhida, definindo um perfil genético à pessoa singular da qual provem, donde se poderá logo considerar a recolha uma operação de tratamento de dados pessoais.

Assim, entende-se que «(...) a não consideração das amostras biológicas como sendo dados pessoais poderá conduzir a entropias em relação à comparação entre a proteção dispensada à amostra e àquela que é dispensada ao perfil que a partir dela se obtém»<sup>25</sup>.

A circunstância do legislador europeu não ter garantido medidas de proteção da confidencialidade e segurança da informação específicas para as amostras biológicas, acresce às dificuldades já conhecidas de não existir uma uniformização legislativa a respeito da atividade de biobanking, que foi concebida para ser rentabilizada através da partilha de amostras e dados transfronteiras por toda a comunidade científica.

---

24 Atento o caráter internacional do Congresso, ter-se-á sempre por principal referencial o Regulamento 2016/679 relativo à proteção de dados pessoais e à livre circulação desses dados, não obstante remeter-se para o direito interno português sempre que assim se justificar.

25 DUARTE, Tatiana – Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados. P. 180.



## Amostras de origem humana, biobancos e *biobanking*

Acompanhando de perto a letra do considerando 4.º da Declaração de Taípe, adotada em outubro de 2016 pela Associação Médica Mundial, importa distinguir uma base de dados de saúde de um biobanco.

Uma base de dados de saúde consiste num sistema de recolha, organização e armazenamento de informação de saúde; um biobanco consiste num repositório de amostras biológicas e seus derivados (para os efeitos que relevam consideram-se apenas as humanas) e a informação a elas associada<sup>26</sup>.

Considera-se material biológico com origem humana aquele que é recolhido a partir de uma pessoa, viva ou morta, que permita obter informação biológica, incluindo informação genética, sobre um indivíduo.

As amostras de origem humana consubstanciam o conhecimento científico devendo-se àquelas o desenvolvimento da investigação e conhecimento biomédico, que permite alcançar as finalidades coletivas em saúde pública, conforme resulta do considerando 8.º relativo aos princípios éticos da Declaração de Taípe, mas de igual forma permitem o desenvolvimento do conhecimento sobre a saúde e a doença, e bem assim, da eficiência, segurança e qualidade das intervenções médicas preventivas, de diagnóstico e terapêuticas. Permite-se, desta forma, afirmar que a investigação biomédica é enformada por um princípio de solidariedade comunitária (o que desde logo se alcança pelo espírito de solidariedade de doação da amostra), representando um bem comum no interesse da pessoa individualmente considerada, mas de igual forma social.

Nos termos do n.º 1 do artigo 19.º da Lei N.º 12/2005, de 26 de janeiro<sup>27</sup> entende-se por biobanco (na letra da lei “banco de produtos biológicos”), qualquer repositório de amostras biológicas ou seus derivados, com ou sem tempo delimitado de armazenamento, que utilize colheita retrospectiva ou prospetiva, que tenha sido obtido no âmbito da prestação de cuidados de saúde de rotina, em programas de rastreio ou para investigação, e que inclua amostras identificadas, identificáveis, anonimizadas ou anónimas.

Na letra da lei portuguesa relativa à informação genética pessoal e de saúde, os biobancos dividem-se em dois grandes grupos quanto às finalidades da sua constituição, identificando aqueles que se destinam a fins assistenciais ou de prestação de cuidados de saúde e aqueles que se destinam a investigação aplicada à saúde.

Assumindo particular importância, atenta a delimitação do tema, os biobancos com finalidades de investigação científica biomédica, as amostras de origem humana recolhidas para investigação compreendem, fundamentalmente, duas categorias: a primeira, relativa a amostras biológicas destinadas à utilização num projeto específico de investigação; a segunda, relativa a amos-

26 Os biobancos, estrutura física de referência, não constituem *per se* uma base de dados de saúde, tratando-se antes (em termos sucintos) de congeladores onde se encontram conservadas amostras de origem humana, mas permitindo a partir destes criar-se uma.

27 Lei que regula a informação genética pessoal e a informação de saúde.

tras biológicas armazenadas para projetos futuros<sup>28</sup>.

Conforme é bom de ser ver a utilização da amostras biológicas com origem humana desde logo requer dois consentimentos: o primeiro consentimento é endereçado à recolha do material biológico que requer uma intervenção sobre uma zona de reserva máxima da pessoa, que é o seu próprio corpo, pautando-se a ingerência autorizada no bem jurídico protegido pelo direito à integridade física pela já consolidada doutrina do direito ao consentimento informado, aplicável a qualquer intervenção médica sobre o corpo humano; o segundo consentimento destina-se ao armazenamento e utilização das amostras extraídas que, atendendo à otimização dos repositórios de amostras biológicas, poderá em bom rigor ser um consentimento genérico, tendo de se prescindir da tutela reforçada do requisito da especificação das finalidades de uma manifestação de vontade livre, informada e explícita, conforme resulta do n.º 11 do artigo 4.º do RGPD, porquanto a amostra biológica excedentária de um projeto de investigação poderá ser armazenada para estudos biomédicos posteriores.

Ademais, note-se que as características específicas da informação resultante das amostras biológicas podem, em bom rigor, respeitar não apenas ao indivíduo que quem aquela foi recolhida, mas de igual forma para os seus familiares, donde a análise à amostra apresenta vocação para a identificação de um grupo biológico ou, se em causa estiver um estudo de um grupo populacional, todos os indivíduos dessa população.

### **Considerações finais a respeito da bicefalia da proteção da privacidade no caso particular dos biobancos**

Como é bom de ser ver, a letra lei no RGPD terá necessariamente de causar alguma perplexidade, por força do legislador europeu ter definido na norma que os dados genéticos correspondem às informações sobre a fisiologia ou a saúde de uma pessoa singular que resultem, designadamente, da análise à amostra biológica proveniente da pessoa em causa

Com efeito, atendendo ao considerando n.º 34 e 35 conjugados com a disposição do n.º 13 do artigo 4.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais consideram-se dados genéticos aqueles que versam sobre as características genéticas, hereditárias ou adquiridas de uma pessoa singular, revelando informações únicas sobre a fisiologia ou a saúde dessa pessoa singular e que resultem, designadamente, de uma análise a uma amostra biológica proveniente da pessoa singular em causa.

Considerando-se informação de saúde toda aquela direta ou indiretamente ligada à saúde, presente ou futura, de uma pessoa, a informação genética é uma dimensão particularmente sensível da informação de saúde porquanto não só tem aptidão preditiva para predisposições patológicas somáticas como germinais e, neste desiderato, com potencial para revelar informa-

---

28 COUNCIL of Europe – Guide for Research Ethics Committee Member. P. 56.

ção genética e de saúde de pessoas aparentadas entre si e não apenas do titular dos dados, merecendo tutela reforçada por via da não admissão de refrações na proteção conferida no atual quadro normativo.

A revolução tecnológica no setor da saúde, e por conseguinte na investigação biomédica, insere-se num contexto amplo de responsabilidade social que tem por objetivo a melhoria da prestação de cuidados de saúde, assente numa prática ética e de transparência, que assegure a confidencialidade, segurança e sigilo no tratamento de dados sensíveis, independentemente das barreiras tecnológicas ou organizacionais, que se deve adequar *by design* e *by default* à sensibilidade dos dados, impondo uma elevada exigência de qualidade na digitalização da saúde e de todo o ciclo de vida da informação com ela relacionada, num ambiente moderno e integrado que acautele a necessária qualidade da informação, a privacidade e a conformidade legal, fundamentando-se em três vetores fundamentais na perspetiva da pessoa humana: confidencialidade, integridade, disponibilidade.

Tais vetores assumem particular importância em função da informação que pode resultar das amostras biológicas depositadas nos biobancos. Em bom rigor, o legislador europeu parece apenas considerar as informações sobre a pessoa singular da qual provenha a amostra, quando na verdade, o alcance da informação dela radicada se estende a relações biológicas entre um grupo específico.

As amostras biológicas, por força da informação especialmente sensível que nas mesmas se encontra, reclamam uma tutela diferenciada, porquanto transcendem a dimensão individualista tradicionalmente associada aos dados pessoais na sua extensão temporal e corpórea. O consentimento nos termos previstos pelo legislador europeu terá assim de ser ponderado sob pena de serem observáveis refrações na tutela que necessariamente terá de ser endereçada a informação particularmente sensível que respeita a todo um grupo de indivíduos.

Simultaneamente é necessário encetar uma reflexão a respeito do conteúdo do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada onde se aporta a tutela dispensada às amostras biológicas.

O direito à proteção de dados pessoais no que concerne às amostras biológicas e atividade desenvolvida pelos biobancos não poderá assim ser apreciada individualmente, reconhecendo-se um interesse relevante e digno de proteção de indivíduos pertencentes a um grupo biológico que, não obstante o consentimento da pessoa diretamente identificável à qual a amostra foi recolhida, reclama que o legislador europeu melhor especifique a tutela a dispensar às amostras biológicas conferindo-lhes o estatuto de dado pessoal.

O tratamento dos dados pessoais assim como a investigação biomédica deverão ser concebidos para servir as pessoas. A investigação biomédica baseia-se num interesse público relevante, visto tratar-se de um instrumento destinado a garantir segurança na assistência médica às pessoas a jusante. Assim, partindo do pressuposto que o direito à privacidade e à proteção de da-

dos pessoais de saúde e genéticos não é um direito absoluto, devendo ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, tal como o direito à saúde, resta ponderar se no âmbito da investigação epidemiológica o risco da restrição da privacidade pelo interesse público, ainda que atendendo à anonimização (cada mais reversível), consistirá numa sobreposição do interesse público pelo individual, atendendo o interesse prosseguido de justiça social em saúde.

## Referências

AGENCIA de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – **Manual de legislación europea en materia de protección de datos**. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2019.

ANDRADE, Andreia da Costa – Os biobancos no atual contexto de investigação científica e preocupações de saúde pública. **Direito da Saúde. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira. Vol. 5 – Saúde e Direito: Entre a tradição e a novidade**. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6603-5. P. 251-276.

COMITÉ Europeu de Proteção de Dados – **Diretrizes 03/2020 sobre o tratamento de dados relativos à saúde para efeitos de investigação científica no contexto do surto de COVID-19**, ([https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb\\_guidelines\\_202003\\_healthdatascientificresearchcovid19\\_pt.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202003_healthdatascientificresearchcovid19_pt.pdf)).

COUNCIL of Europe – **Guide for Research Ethics Committee Member**, (<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680307e6c>).

LECUONA, Itziar de; VILLALOBOS-QUESADA, María – European perspectives on big data applied to health: The case of biobanks and human databases. **Developing World Bioeth.** 2018; 18: 291-298.

PINHEIRO, Alexandre Sousa, Coord. – **Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados**. Coimbra: Almedina, 2018. Depósito Legal 450122/18.

PINTO, Paulo Mota – **Direitos e Personalidade e Direitos Fundamentais**. Estudos. Coimbra: GestLegal, 2018. ISBN 978-989-54076-3-7.

SOUSA, Rabindranath Capelo de – **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 972-32-0677-3.

VENTURA, Célia – **Biobancos e investigação genética: Orientações éticas**. Lisboa: INSA, IP, 2011. ISBN 978-972-8643-65-2.

WORLD Health Organization – **WHO guidelines on ethical issues in public health surveillance**, (<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/255721/9789241512657-eng.pdf;jsessionid=39D62833A6DCFF7B4D23D4C3445951C7?sequence=1>).

## Fontes documentais

ACÓRDÃO do Tribunal de Justiça, Processo C-101/01, de 6 de novembro de 2003 (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48382&pa->

geIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11270858).

CONVENÇÃO Europeia dos Direitos do Homem ([https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)).

CONVENÇÃO para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina e os seus protocolos adicionais, (Resolução da Assembleia da República 1/2001, 2001-01-03 - DRE)

DECLARAÇÃO Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, ([declaracao\\_inter\\_dados\\_genericos.pdf](#) (saude.gov.br))

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos (<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>).

DIRETIVA 2011/24/CE, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0024&from=PT>),

LEI n.º 12/2005, de 26 de janeiro, relativa à informação genética pessoal e informação de saúde, ([http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1660&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1660&tabela=leis)).

REGULAMENTO (CE) N.º 1338/2008 do Parlamento e do Conselho de 16 de dezembro de 2008, *relativo às estatísticas comunitárias sobre saúde pública e saúde e segurança no trabalho*.

REGULAMENTO (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>).

REGULAMENTO Sanitário Internacional de 2005, (Regulamento Sanitário Internacional (n.º 2) da Organização Mundial de Saúde | Portal do Ministério Público - Portugal ([ministeriopublico.pt](http://ministeriopublico.pt))).

WORLD Medical Association – *Declaration of Taipei on Ethical considerations regarding health databases and biobanks*. Revised by 67.<sup>a</sup> WMA General Assembly, Taipei, Taiwan, 2016.

# A PROTEÇÃO DE DADOS NA PERSPECTIVA EUROPEIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA RELATIVIZAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA

**Adriana Sawaris Henriques**

Universidade de Coimbra. Doutoranda em Ciências Jurídico-Processuais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Mestre em Ciências Jurídico Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal, com estágio na Università La Sapienza/Roma. Pós-Graduada em Advocacia Cível pela Fundação Getúlio Vargas/Brasil. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal/Brasil. Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Católica Dom Bosco/Brasil

**Isabelle Dias Carneiro Santos**

Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Professora Ajunta na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Pós doutora em Direito Público, com ênfase em Direitos Humanos e Fundamentais, pela Universidad de Santiago de Compostela (USC)/Espanha. Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM)/Brasil, com estágio doutoral na Universidad Complutense de Madrid (UCM)/Espanha. Mestre em Ciências Jurídico-Internacionais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL)/Portugal. Especialista em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Especialista em Direito Público e Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Católica Dom Bosco/Brasil

## **Resumo:**

A velocidade da informação atual promoveu mudanças nas relações humanas, que despertaram o interesse comercial permitindo o direcionamento do *marketing* na posse de informações privilegiadas (dados pessoais). Estas se tornaram o novo petróleo do mundo consumerista e os dados pessoais sua matéria prima. Assim, foi necessário a promoção Estatal de garantias do novo direito fundamental – o da proteção de dados pessoais, cujo núcleo intangível é o da identidade informacional. Neste sentido, a nova tutela estatal vem, a nível europeu pelo Regulamento (UE) n.º. 2016/679, e no Brasil pela Lei n.º. 13.709/2018. Contudo, o referido Regulamento tem a esfera dos valores humanos ali tutelados relativizados neste momento, diante da excepcional situação mundial da pandemia COVID-19. Tal conjuntura ficou expressa com as atuais medidas de controle da população utilizadas pelos governantes. Desta

feita passamos às breves reflexões sobre a relativização deste direito.

**Palavras-chave:** Dados pessoais; Direitos Fundamentais; Pandemia.

## Introdução

O tema deste artigo foi desenvolvido com a preocupação do atual cenário, isto é, a catástrofe sanitária mundial provocada pelo novo COVID-19, bem como as implicações decorrentes da necessária infringência do Estado no direito fundamental à proteção de dados, relativizando as garantias recentemente concedidas pelo Regulamento europeu.

Para a necessária contextualização e compreensão da problemática levantada aqui, fez-se necessário revisitar a base legal na qual se pauta a discussão. Verificou-se a atual perspectiva europeia de proteção aos dados pessoais, sob o olhar do Regulamento Geral de Proteção de Dados (UE) n.º 2016/679. Tendo como núcleo principal de preocupação e proteção legal em sede comunitária - a nova identidade informacional. Traçando breves apontamentos também à legislação brasileira, momento em que o assunto surge em destaque.

Desta feita, o tema foi brevemente abordado em três partes: a primeira uma contextualização dos direitos conferidos pelo Regulamento (UE) 679 de 2016<sup>1</sup>, dentre eles a privacidade e a importância do resguardo pelo Estado e demais pessoas; a segunda parte, que trazemos o atual debate sobre a necessidade de se considerar à proteção dos dados pessoais um direito fundamental, com a perspectiva apresentada pelos tribunais e doutrina; e a terceira parte, a problemática da relativização dos direitos já legalmente concedidos pelo momento excepcional pandêmico.

Sem a presunção de esgotar o assunto intencionamos trazer algumas breves reflexões e contribuir para o debate sobre o tema. Especialmente por ainda estarmos inseridos neste contexto epidemiológico mundial, e conhecedores de que a necessária sedimentação do tema ocorrerá em momento futuro<sup>2</sup>.

## A Proteção de Dados na Perspectiva Europeia sob o Olhar do Regulamento Geral de Proteção de Dados

Com a virtualização social e a rapidez da informação a *World Wide Web* se tornou ferramenta essencial na vida da maioria das pessoas. Isso promoveu a mudança nas diversas relações sociais, econômicas, políticas, científicas. Considera-se, desta forma que a sociedade da informação obrigou uma evolução dos antigos conceitos diante do despontar da forma tecnológica de

1 UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016.

2 O presente trabalho encontra-se atualizado à luz da legislação e das informações disponíveis até a data da sua submissão, qual seja, 23 de Novembro de 2020.

comunicação.

A nova realidade também despertou grande interesse comercial, por se mostrar um mercado altamente lucrativo, permitindo que na posse de informações privilegiadas (dados pessoais) as empresas atingissem seu alvo com o *marketing* direcionado. Houve assim, a invasão sutil em lares, ambientes de trabalho e demais locais que o indivíduo possa se encontrar ligado à rede. O que se tornou ameaçador e deveras agressivo, havendo a necessidade de se estabelecer limites e padrões que promovessem as garantias fundamentais do ser humano. Visto que grande parte dos atos realizados pelo indivíduo na sua vida em sociedade envolvem a disposição de seus dados pessoais, e de parcela de sua privacidade juntamente com eles, dispondo voluntariamente de suas informações pessoais, o que os torna vulneráveis ao sistema.

Quando isto acontece por meios automatizados, são resguardados os direitos à privacidade de seus dados pessoais nos países submetidos ao Regulamento (UE) 679 de 2016, aplicável desde 25/05/2018, que abarcou e ampliou os contornos da Diretiva 46<sup>3</sup>, de 1995, da Comunidade Europeia, que tratava do assunto.

Em sede comunitária, verifica-se que a proteção é oferecida pelos Estados em dois meios: normativo e administrativo<sup>4</sup>. Sendo o normativo de várias ordens do direito: internacional, convencional, comunitário, constitucional, penal, civil e legislação específica<sup>5</sup>. E o administrativo efetivado em cada ordenamento jurídico nacional segundo sua organização interna. Em Portugal é realizado pela Comissão Nacional de Proteção de Dados. Transpondo à realidade sul americana, no Brasil, que previu tal medida recentemente, à exemplo da União Europeia, o controle é realizado pela atual Autoridade Nacional de Proteção de Dados<sup>6</sup>.

A evolução legislativa do direito fundamental à proteção de dados a nível comunitário ocorreu de forma diversa em cada país. A autora Têmis Limberger<sup>7</sup> classifica em três gerações na análise das quatro últimas décadas.

3 UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 95/46/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995.

4 VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Protecção de dados pessoais e direito à privacidade**. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Direito da Sociedade da Informação*. Vol. XLIII, n.º 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 241. “A protecção das pessoas e da sua privacidade contra o tratamento de dados pessoais informatizados assenta em meios normativos e meios administrativos”. Contudo, verifica-se que no contexto da atual redação do artigo 2.º, n.º 1 do Regulamento (UE) 2016/679, que a proteção conferida é para todos os dados pessoais relativos à pessoa física, sendo o tratamento conferido por meios automatizados ou não. Mais abrangente assim do que o posicionamento expressado pelo autor à época da Lei n.º. 67/98, anterior disciplina legal portuguesa sobre a matéria.

5 *Ibidem*.

6 A Autoridade Nacional de Proteção de Dados Brasileira foi criação da Lei n.º. 13.853/2018, de 8 de Julho de 2019, que acrescentou à Lei n.º. 13.709, de 14 de Agosto de 2018, tal disposição.

7 LIMBERGER, Têmis. **Da evolução do direito a ser deixado em paz à proteção dos dados pessoais**. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Ano VIII. 2011. pp. 267-292.



Sendo a primeira originária na Alemanha, com a lei *Land Hesse*, de 07/10/1970, que preconizava a proteção dos dados informáticos de titularidade pública, posteriormente alterada, em 27/01/1977, que passou a regular também os arquivos de utilidade privada<sup>8</sup>. Tiveram nesta geração da mesma forma as leis - sueca (11/05/1973), dinamarquesa (18/06/1978) e a austríaca (18/10/1978) que marcou o período de transição<sup>9</sup>.

A segunda geração foi marcada por uma maior preocupação com a tutela dos direitos fundamentais envoltos nas comunicações virtuais. A lei francesa de 06/01/1978 marcou o período com a criação da Agência Nacional de Proteção de Dados, cujo objetivo era a tutela da informação pessoal<sup>10</sup>. Seguidamente a lei de Luxemburgo (30/03/1979), da Suíça e Islândia em 1981.

Em sede de direito internacional convencional, nesta fase houve a importante atuação do Conselho da Europa na aprovação da Convenção n.º 108, em 28 de janeiro de 1981, chamada “Convenção para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal”<sup>11</sup>, sendo o primeiro instrumento internacional vinculativo. Teve como objetivo principal garantir a todas as pessoas singulares, independentemente de suas nacionalidades, o respeito aos seus direitos e liberdades fundamentais, com atenção especial à vida privada e o tratamento automatizado dos dados pessoais, nos termos do artigo 1.º da Convenção<sup>12</sup>.

A terceira geração foi marcada essencialmente pela unificação do direito europeu com a previsão da matéria em algumas Constituições de Estados europeus. E teve início com a Convenção de Strasburgo em 28/01/1981. Seguidamente na Alemanha, em 1983, instaurou-se a discussão, em uma decisão do Tribunal Constitucional sobre a anulação da Lei do Censo da população instituída no ano anterior, extraindo desta a possibilidade de cada indivíduo dispor livremente sobre a utilização de seus dados pessoais<sup>13</sup>. Após, por meio de lei federal, aprovada em 20/12/1990 a matéria tornou-se pacífica naquele país, garantindo o direito à autodeterminação afirmativa<sup>14</sup>.

No mesmo caminho foram as leis<sup>15</sup>: do Reino Unido (12/07/1984); de Portugal (20/04/1991), alterada pela Lei n.º. 67/98; da Espanha (31/10/1992) posteriormente alterada pela LOPD n.º. 15 (13/12/1999); e da Itália com a Lei n.º. 675 (31/12/1996). Algumas das citadas foram influenciadas pela Diretiva 95/46/CE, que foi base para o RGPD<sup>16</sup>.

---

8 Ibidem.

9 Ibidem.

10 Ibidem.

11 VASCONCELOS, Pedro Pais de. Op. Cit., p. 242.

12 UNIÃO EUROPEIA. Convenção n.º. 108 do Conselho Europeu, de 28 de Janeiro de 1981, artigo 1.º.

13 LIMBERGER, Têmis. Op. cit, p. 278.

14 Ibidem.

15 Ibidem, p. 279.

16 RGPD, sigla a qual denominamos o **Regulamento (UE) 2016/679** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016.

Relevante também neste período foi a Carta de Nice (07/12/2000)<sup>17</sup>, chamada Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>18</sup>, que previu expressamente no artigo 8º. a proteção dos dados pessoais. Em 13/12/2007 o Tratado de Lisboa, firmado no Mosteiro dos Jerônimos, tornou a carta de Nice juridicamente vinculativa aos 27 Estados aderentes.

Desta forma, a ideia passou a ser unificada na legislação do Estados-Membros à época, tornando assim forte a proteção jurídica do direito fundamental a autodeterminação afirmativa.

Verifica-se que, diante desse contexto legal os Estados, a nível da União Europeia e mesmo Brasil, o qual trazemos um paralelo, ampliam a tutela da reserva sobre a intimidade da vida privada, cujo núcleo de proteção são os dados pessoais, para o cuidado com a autodeterminação informacional, e agora com o conceito mais atual de identidade informacional.

Na autodeterminação informativa que pode ser entendida como o controle sobre as informações relativas à pessoa<sup>19</sup>, e é a base de formação da identidade informacional, fora inserido em seu conteúdo uma dupla dimensão<sup>20</sup>. Sendo a primeira dimensão a negativa (de proteção) - cujo objetivo é impedir a interferência do Estado e de entes privados no acesso ou tratamento de seus dados pessoais; e a positiva (de liberdade) - que possibilita ao titular dos dados dispor do uso de suas informações pessoais.

Desta forma, surge o seguinte questionamento: considerando a proteção de dados pessoais um direito humano fundamental, pode o Estado promover a sua limitação? Para a resposta analisamos primeiramente o possível enquadramento deste direito como um direito fundamental, baseado na atual perspectiva legal e jurisprudencial. E após, poderemos ter maior clareza para discernir sobre os limites da relativização deste direito.

## A Proteção de Dados Pessoais como um Direito Fundamental

Antes de adentrar na temática que é o fio condutor deste tópico, ou seja, a proteção de dados pessoais como um direito fundamental, analisado sob a perspectiva europeia, importante ressaltar a relação que existe nesta proteção com a tutela da dignidade da pessoa humana, que vem esculpida em distintos textos constitucionais.

17 UNIÃO EUROPEIA. **Tratado Instituidor da União Europeia**, de 29 de Julho de 1992. O artigo 286º. previa, *in verbis*: “1. A partir de 1 de Janeiro de 1999, os actos comunitários relativos à protecção das pessoas singulares em matéria de tratamento de dados de carácter pessoal e de livre circulação desses dados serão aplicáveis às instituições e órgãos instituídos pelo presente Tratado, ou com base nele. 2. Antes da data prevista no nº. 1, o Conselho, deliberando nos termos do artigo 251º., criará um órgão independente de supervisão, incumbido de fiscalizar a aplicação dos citados “actos comunitários às instituições e órgãos da Comunidade e adoptará as demais disposições que se afigurem adequadas”.

18 UNIÃO EUROPEIA. **Carta de Nice**. Artigo 8º., de 10 de Março de 2001.

19 PINHEIRO, Alexandre Sousa. **Privacy e proteção dos pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 805.

20 Ibidem.

Impende destacar que ‘os “direitos humanos” [estão] ancorados na afirmação radical e central da dignidade humana em suas dimensões subjetiva e social [em que a] maioria dos direitos humanos [protegidos na órbita internacional] acaba se transformando em direitos fundamentais’.<sup>21</sup>

De acordo com Ingo W. Sarlet, “[...] a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece, já que constitui dado prévio, no sentido de preexistente e anterior a toda experiência especulativa.”<sup>22</sup> Desse modo, tem-se que a dignidade da pessoa humana, é um valor supremo que antecede ao Constitucionalismo e as proteções decorrentes do teor das Cartas Magnas existentes.

Assim, certos direitos, mesmo antes de serem inseridos como direitos fundamentais, isto é, “[...] aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”<sup>23</sup> já eram e são considerados como inerentes à pessoa humana, devendo, portanto, serem protegidos como tal.

Contudo, alguns direitos foram alvos de debates e tiveram de passar pelo reconhecimento como um direito fundamental. Dentre estes está a proteção de dados pessoais, direito este que se coaduna com outros direitos como o de privacidade, de intimidade, bem como ao princípio da dignidade humana, e que em tempos de avanços tecnológicos e de livre circulação de informação pessoal faz-se necessária essa pluridimensionalidade.

Dentre as questões que surgem a respeito, está o fato de se saber se para uma efetiva tutela dos dados pessoais do indivíduo necessário protegê-los contra intervenções estatais com o escopo de um efetivo controle da COVID-19, ou se deve ser mitigado em tempos de pandemia.

## **A Importância da Proteção de Dados na Salvaguarda da Pessoa Humana**

Dentro da realidade europeia, a proteção dos direitos fundamentais vem consubstanciada em sua Carta dos Direitos Fundamentais (CDFUE)<sup>24</sup>, de 2000, em artigo 8º., nº. 1, que estipula que, *in verbis*, “todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito”.

Por ser o direito a proteção de dados pluridimensional impende frisar

21 KROHLING. Aloísio. **Direitos Humanos Fundamentais. Diálogo Intercultural e Democracia**. São Paulo: Paulus, 2009, p. 23-24.

22 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006, p. 42.

23 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, p. 35.

24 JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. (2016/C 202/02). Estipula o nº. 2 que, *in verbis*: “Esses dados devem ser objecto 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”.

que a CDFUE também traz em seu seio, em seus artigos 1º. e 7º., respectivamente, que “a dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”, e que “todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada [...] e pelas suas comunicações”<sup>25</sup>.

Ressalte-se que a finalidade primeira com o reconhecimento da proteção dos dados pessoais como um direito humano fundamental, não é proteger os dados, mas a pessoa humana em si.

O Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), já referido, trouxe logo em seu preâmbulo que “a proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais é um direito fundamental”<sup>26</sup>, deixando claro que tal direito “não é absoluto; deve ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade”<sup>27</sup>.

Tem-se, pois, que o direito consubstanciado no Regulamento (UE) 2016/679 não é ilimitado, e em caso de conflitos entre o direito a proteção de dados pessoais e outros direitos inerentes à pessoa humana, deve haver uma aplicação proporcional e harmônica com o fito de não violar as finalidades do Regulamento, bem como os direitos da pessoa humana.

Contudo, com a Pandemia da COVID-19, os direitos fundamentais consubstanciados no RGPD foram relativizados para evitar o alastramento da pandemia, razão pela qual se passou a questionar até que ponto a utilização de dados anonimizados, no ambiente digital, fere ou não os direitos fundamentais.

Vale salientar que alguns dos conceitos estabelecidos pelo RGPD estão relacionados ao consentimento do titular no uso dos seus dados, todavia, com a era digital houve um aumento de informações, sobretudo de difusão de dados pessoais, que ocasionaram um menor grau de privacidade,<sup>28</sup> sobretudo no que tange aos dados sensíveis, definidos como tal no artigo 9º. daquele diploma.

Apesar da informação/dado ser, *a priori*, proveniente do próprio titular, com o seu consentimento, endereçando-o a determinados bancos de dados, certas informações acabam sendo disponibilizadas e publicadas em outros ambientes eletrônicos. Essa situação, segundo Doneda<sup>29</sup>, cria “a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permitem o conhecimento de sua conduta pública e privada, até

---

25 JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia** (2016/C 202/02).

26 UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016.

27 Ibidem.

28 BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A Proteção de Dados Pessoais nas Relações de Consumo: para além das informações creditícias**. Brasília: SDE/DPDC, 2010, p. 24.

29 DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. *Espaço Jurídico*. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011, p. 91.

nos mínimos detalhes”.

Independentemente de serem considerados dados não sensíveis, e que se inserem no campo privado, ou de serem dados sensíveis, na seara íntima, possuem um potencial lesivo aos seus titulares quando envolvem dados sobre etnia, ideologia política, credo religioso, orientação sexual, histórico médico, dentre outros, o debate se faz necessário.

## A Proteção de Dados Pessoais no Brasil

Apesar da temática pesquisada se referir a proteção de dados na perspectiva europeia, vale aqui fazer um aparte para tratar da influência do Regulamento (UE) n.º 2016/679 no direito do país irmão, isto é, o Estado brasileiro. Especialmente por ter sido àquele a base da nova legislação brasileira.

Mesmo antes da Pandemia da COVID-19, muitas transações já vinham sendo realizadas virtualmente pelos brasileiros, assim como em distintas partes do mundo, com um volume maior de ações envolvendo o uso das novas tecnologias e, conseqüentemente, de disposição de seus dados pessoais em relações a casos de compra e venda, transações bancárias, dentre outros, e que passaram a envolver a privacidade de tais indivíduos.

Com isso, as muitas empresas, dentre elas as de telefonia, passaram a utilizar os dados pessoais como verdadeiros ativos, situação que por vezes ocasionou abusos e lesões aos titulares de tais dados.

Os direitos de personalidade passaram a ser protegidos com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que inseriu em artigo 5º, X, a inviolabilidade de direitos como “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”<sup>30</sup>, coadunando-se com o artigo 1º, III, do mesmo dispositivo constitucional, que trata da dignidade da pessoa humana, considerada um dos fundamentos da República brasileira.

A Lei Maior brasileira de 1988, também fez referência ao sigilo das comunicações de dados, inclusive estabelecendo a figura do *Habeas Data* em seu artigo 5º, incisos XII e LXXII, respectivamente. Todavia, ainda havia a ausência de regulação específica quanto à matéria.

Já na seara infraconstitucional, o Código Civil brasileiro de 2002 trouxe como um de seus tópicos os direitos de personalidade, e a proteção da intimidade da vida privada, prevendo em seu artigo 11 que “[...] os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”<sup>31</sup>.

Não obstante, ainda que a proteção dos dados pessoais tivesse alcançado tamanha importância, diante da sociedade tecnológica e influência em diversos setores da vida cotidiana, faltava o reconhecimento explícito da pro-

30 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2020.

31 BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 2002** - Lei n.º 10.406 de 10 de Janeiro de 2002.

teção de dados pessoais como um direito fundamental.

Uma das iniciativas neste sentido, se deu a partir da elaboração da Lei brasileira nº 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais do Brasil – LGPD. A referida lei prevê em seu artigo 1º. o tratamento dos dados pessoais, incluindo os meios digitais, com o objetivo de proteção dos direitos fundamentais, dentre eles o da liberdade e privacidade, além do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural<sup>32</sup>.

Com base na lei supramencionada, houve alteração dos artigos 7º. e 8º. do Marco Civil da Internet, bem como decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>33</sup>, no qual entendeu-se que os direitos relacionados à utilização de dados pessoais, concernentes à vida privada e intimidade, dos bancos de dados de proteção ao crédito, acabam por consagrar o direito à autodeterminação informativa devem ser aplicados ao particulares por força da eficácia horizontal e “efetividade dos direitos fundamentais”.

No que se refere as sanções administrativas, em caso de infrações, constantes da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais do Brasil, de 2018, a sua vigência 01 de agosto de 2021, por força da prorrogação contida na Lei nº 14.010/2020 (art. 20), que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (COVID-19).<sup>34</sup>

Posteriormente criou-se o Projeto de Emenda Constitucional (PEC) nº 17/2019, que previu a inclusão da proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais, e fixou a competência da União para legislar a respeito, alterando o teor dos artigos 5º, II e 22, XXX. Aprovada em 2 de julho de 2019, pelo plenário do Senado Federal e encaminhada para a Câmara dos Deputados.

Mas, o reconhecimento explícito de dados pessoais como um direito humano fundamental só foi possível em 2020. Após análise do Supremo Tribunal Federal (STF), Corte maior brasileira, sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.387, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) contra a Medida Provisória (MP) 954/2020, que estabelecia “o compartilhamento de dados de usuários por prestadoras de serviços de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para dar suporte à produção estatística oficial durante a pandemia do Coronavírus”<sup>35</sup>.

Além da ausência de urgência e relevância da edição da Medida Provisória 954/2020, a mesma feriu preceitos constitucionais relacionados a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, o

32 BRASIL. Lei nº 13.709/2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais do Brasil de de 8 de Julho de 2019.

33 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ, EDcl no REsp 1.630.659, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.11.2018.

34 BRASIL. Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020.

35 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF recebe ações sobre compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações durante pandemia.

sigilo dos dados, bem como a autodeterminação informativa, razão pela qual a Ministra do Supremo Tribunal Federal Rosa Weber, proferiu decisão liminar na ADI 6.387<sup>36</sup>.

## **A Relativização da Proteção de Dados Pessoais em Tempos de Covid-19 na Europa**

Verifica-se no atual contexto mundial que diante da Pandemia da COVID-19 foram adotadas medidas para combater a doença em todos os continentes do planeta, a manutenção da confidencialidade no que tange a dados médicos, como a determinação de quarenta, coleta de amostras clínicas; tratamentos médicos específicos e/ou investigação epidemiológica, nos lembra que estamos vivenciando um “estado de exceção”, no qual se visa a proteção da saúde pública, em detrimento da proteção dos direitos do titular dos dados pessoais.

Diante desta nova realidade, vários Estados soberanos aumentaram sua vigilância sobre seus cidadãos, utilizando de recursos de monitoramento pessoal, tais como o rastreamento por meio do sistema de geolocalização presente em aparelhos celulares ou pela utilização do cartão de crédito, sob a alegação de proteção da segurança da saúde coletiva.

Vê-se claramente que o referido Regulamento Geral de Proteção de Dados tem a esfera dos valores humanos ali tutelados relativizados diante da excepcional situação mundial, fato que ficou expresso, por exemplo, com o advento da Recomendação (UE) 2020/518<sup>37</sup>, de 8 de Abril de 2020. Naquela fora determinado um conjunto de instrumentos comuns a nível da União Europeia com vista a utilização de tecnologia e dados para combater e sair da crise COVID-19, promovendo assim o aumento da vigilância pelo domínio público e a implantação de novas formas de controle pessoal e social por meio de aplicativos e outros instrumentos tecnológicos.

Contudo, tais ações flexibilizam outros direitos relacionados à proteção de dados pessoais, como a privacidade. Vale dizer que apesar do momento atípico vivenciado, os direitos fundamentais devem continuar a serem respeitados, sem mitigações. Na verdade a saúde coletiva, a privacidade e a proteção de dados pessoais são direitos fundamentais que se complementam.

Assim, não se pode redimensionar o direito a proteção dos dados pessoais em virtude da COVID-19, sob pena de se violar o princípio da dignidade da pessoa humana. A postura deve ser de compatibilidade entre os direitos, afastando-se qualquer dicotomia entre eles.

Mesmo que haja uma situação de emergência, a política pública a ser usada pelo Estado deve observar mecanismos de controle e transparência governamental que garantam a privacidade, a liberdade, e a identidade informa-

36 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF recebe ações sobre compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações durante pandemia.

37 UNIÃO EUROPEIA. **Recomendação (UE) 2020/518**, de 8 de Abril de 2020.

cional do indivíduo, segundo dizeres de Bulzico e Addor<sup>38</sup>.

Isto é de suma importância, caso não haja observação aos direitos fundamentais, para que não haja a judicialização do Estado pelos monitoramentos realizados e/ou que ainda venham a ser realizados, uma vez que invade, de modo anonimizado, a privacidade dos indivíduos.

No caso da União Europeia (UE), não se vedou que os países utilizassem de meios de geolocalização para o controle da pandemia. Não obstante a UE “atentou para as determinações legais de consentimento do usuário previstas na *General Data Protection Regulation* (GDPR) e nas autorizações dos órgãos de saúde [em que] cada estado adotou a medida conveniente”.<sup>39</sup>

Neste sentido, o que se pode ponderar para o momento é a adequação e proporcionalidade dos meios utilizados pelo Estado ao fim que se destina, qual seja, a efetiva proteção da saúde pública. Sem que para isso sejam desrespeitados direitos já tidos como fundamentais, tal qual a proteção de dados e a identidade informativa do sujeito que os detém. Mormente pelo fato da construção de tais direitos representarem o resultado de lutas individuais e coletivas ao longo dos tempos.

## Considerações Finais

Pela breve abordagem do tema podemos verificar que a sociedade da informação trouxe novos desafios em sede jurídica-legal ao Poder Público. Inserido no contexto da virtualização da sociedade e das novas relações pessoais e profissionais estabelecidas, modificadas atualmente pelo período pandêmico. Ainda, a superexposição voluntária a que os sujeitos se submetem, ao dispor fatos considerados de sua vida privada em um âmbito público na *Internet*, onde inexiste fronteiras. Sendo a informação disseminada pelo globo terrestre em segundos. Apresentando assim além uma ferramenta atrativa aos usuários também perigosa no que se refere à proteção dos seus direitos de personalidade.

Neste contexto o despontar de novos regramentos em sede de direito interno e comunitário vem acautelar os possíveis danos a que o titular dos dados se submete ao utilizar tal serviço, tendo certo a fragilidade deste ante o sistema e a impossibilidade da vida hodierna correr à margem da tecnologia. Sendo certo que o indivíduo que fornece seus dados pessoais cria uma expectativa legítima em relação ao tratamento deste por parte do responsável.

Podemos assim atribuir o sucesso do novo Regulamento europeu na unificação da transferência de dados entre os Estados-Membros, e à minúcia em que trata os direitos do titular dos dados, e assim acautela a esfera de privacidade relacionada a eles. E a ineficácia deste na adequação dos direitos fundamentais da pessoa humana, relacionada à impossibilidade de evolução

38 BULZICO, Bianca Amorim. ADDOR, Nicolas. **A utilização da geolocalização como controle da pandemia e (futuramente) controle do estado.** *Revista da UNIFOR*, Fortaleza, p. 9.

39 BULZICO, Bianca Amorim. ADDOR, Nicolas. *Op. Cit.*, p. 9.



jurídica na mesma velocidade da tecnológica, sendo sempre insuficiente às demandas sociais emergentes neste campo.

Assim, foi considerado o direito à proteção de dados como direito fundamental, baseado nos fundamentos iniciais da União Europeia até os novos regramentos comunitários, comparando com legislação e jurisprudência esparsas (especialmente a brasileira), que auxiliam na sedimentação desta tese.

Concluimos que de forma razoável e proporcional o Estado pode intervir na garantia fundamental da proteção aos dados pessoais, em momento extremo de pandemia, como vem fazendo, contudo, utilizando-se dos meios estritamente necessários e de forma absolutamente transparente para com seus cidadãos. Tudo isso para que não se instaure um “estado de exceção”, o qual a história nos mostra o insucesso, sendo imprescindível a preservação máxima da identidade informacional de cada pessoa.

## Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 2002** - Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709** de 14 de agosto de 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 13.853**, de 8 de Julho de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113853.htm). Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.010**, de 10 de junho de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm). Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A Proteção de Dados Pessoais nas Relações de Consumo: para Além das Informações Creditícias**. Brasília: SDE/DPDC, 2010.

BULZICO, Bianca Amorim. ADDOR, Nicolas. **A utilização da geolocalização como controle da pandemia e (futuramente) controle do estado**. Revista da UNIFOR, Fortaleza.

DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia** (2016/C 202/02). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=FR>. Acesso em: 09 out. 2020.

LIMBERGER, Têmis. **Da evolução do direito a ser deixado em paz à proteção**

**dos dados pessoais.** *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.* Ano VIII. 2011. pp. 267-292.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. **Privacy e proteção dos pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional.** Lisboa: AAFDL, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **STJ, EDcl no REsp 1.630.659**, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.11.2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661802805/embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-edcl-no-resp-1630659-df-2016-0263672-7/relatorio-e-voto-661802834>. Acesso em: 08 out. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF recebe ações sobre compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações durante pandemia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441728>. Acesso em 07 out. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em: 10 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Diretiva 95/46/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A31995L0046>. Acesso em: 10 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Recomendação (UE) 2020/518**, de 8 de Abril de 2020. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020H0518&from=PT>. Acesso em: 10 out. 2020.

\_\_\_\_\_. **Carta de Nice**, de 10 de Março de 2001. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12001C/TXT&from=PT>. Acesso em: 10 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Funcionamento da União Europeia.** Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:11992M/TXT>. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:11992M/TXT>

\_\_\_\_\_. **Convenção n.º. 108** do Conselho Europeu, de 28/01/1981. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108>. Acesso em: 10 nov. 2020.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Protecção de dados pessoais e direito à privacidade.** *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Direito da Sociedade da Informação.* Vol. XLIII, n.º. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito de Personalidade.** Coimbra: Almedina, 2006.

# O VIÉS RACIAL A PARTIR DO RECONHECIMENTO FACIAL E AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

**Cinthia Obladen de Almendra Freitas**

Coordenadora e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora em Informática pela PUCPR

**Giovana Batisti Vieira**

Advogada. Mestranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduanda em Direito Digital pelo Instituto New Law

## **Resumo:**

A tecnologia de reconhecimento facial é utilizada pelo Estado para a identificação de potenciais criminosos, aplicando métodos de Aprendizagem de Máquina. No entanto, se um software de reconhecimento facial contiver uma base de dados que não é equilibrada e representativa, as respostas produzidas por esses sistemas podem conter enviesamento racial. O artigo evidencia que a tecnologia de reconhecimento facial, quando não devidamente instrumentalizada, jurídica e tecnologicamente, pode favorecer violações de Direitos Humanos de caráter racial. A pesquisa tem por base o método hipotético-dedutivo, de natureza bibliográfica, com objetivos exploratórios e descritivos. Conclui-se que somente a partir de um olhar tecnológico associado ao Direito, com base nas legislações de proteção de dados brasileira e europeia (LGPD e GDPR), pode-se resolver o problema do enviesamento racial e da tomada de decisão discriminatória por sistemas de reconhecimento facial.

**Palavras-chave:** Sociedade de Informação; Direitos Humanos; Reconhecimento Facial; Viés.

## **Introdução**

Algoritmos e tecnologias de Inteligência Artificial (I.A) exercem grande influência em diversos aspectos da vida em sociedade e tornam-se cada vez mais acessíveis a empresas e governos, sendo aplicadas para diferentes finalidades, entre elas a tomada de decisão automatizada.

A tecnologia de reconhecimento facial é um exemplo de Inteligência Artificial que por meio da técnica de aprendizagem de máquina (*machine lear-*

*ning*) consegue realizar a análise de imagens de rostos capturados por câmeras posicionadas em locais públicos ou por dispositivos privados (*smartphone*), comparando-as com imagens de uma base de dados previamente selecionada, com a finalidade de identificar o indivíduo detentor daquele rosto.

Tornou-se comum, portanto, que os Estados passassem a utilizar referida tecnologia para a identificação de suspeitos e/ou criminosos procurados pela polícia, com a finalidade última de aumentar a segurança pública à sociedade, bem como auxiliar no policiamento preditivo.

Esse tipo de software, baseado em aprendizagem de máquina, quando corretamente projetado será imparcial e não conterà vieses, funcionando exatamente da maneira esperada por seus desenvolvedores (FREITAS; BARD-DAL, 2019). No entanto, caso tais sistemas apresentem bases de dados incompletas e não representativas das diferenças raciais, étnicas e de gênero contidas na sociedade, esse sistema se tornará enviesado, tomando decisões discriminatórias e que violam Direitos Humanos.

Ante o exposto, o artigo tem por objetivo evidenciar que a tecnologia de reconhecimento racial, quando não devidamente instrumentalizada, jurídica e tecnologicamente, pode produzir respostas discriminatórias, favorecendo violações de Direitos Humanos, principalmente de caráter racial.

O presente artigo trata dos usos da tecnologia de reconhecimento facial pelo Estado e, posteriormente, dos riscos que essa tecnologia apresenta quando utilizada para a tomada de decisão. Por fim, demonstra-se que somente a partir de um olhar tecnológico associado ao Direito pode-se entender o problema do enviesamento racial e da tomada de decisão discriminatória por sistemas de reconhecimento facial, discorrendo-se sobre o papel das legislações de proteção de dados (brasileira e europeia) na regulação da tomada de decisão automatizada.

A presente pesquisa utilizou o método hipotético-dedutivo, tendo natureza bibliográfica e documental com objetivos exploratórios e descritivos.

## **Os usos da tecnologia de reconhecimento facial pelo Estado**

A tecnologia de reconhecimento facial não é novidade, visto que vem sendo desenvolvida há mais de 40 anos. De acordo com Lavashov (2013, p. 164), essa tecnologia pode ser assim descrita:

Facial recognition technology uses a photographic camera combined with facial recognition software. This software is able to detect and isolate human faces captured by the camera and analyze them using an algorithm that extracts identifying features. The algorithm identifies and measures “nodal points” on the face, which are defined by the peaks and valleys that make up human facial features. Using these measurements, the algorithm determines an individual’s identifying characteristics, such as distance between the eyes, width

of the nose, shape of cheekbones, and the length of the jawline.<sup>1</sup>

Na etapa inicial de desenvolvimento dessa tecnologia, era possível a identificação de uma face a partir da visão frontal e com uma iluminação uniforme. No entanto, a tecnologia de reconhecimento facial sofreu progressos consideráveis com a evolução da web 2.0 e, atualmente, é capaz de identificar diversos rostos simultaneamente, sob vários ângulos.

Devido ao potencial desta tecnologia, grandes corporações de tecnologia passaram a utilizá-la em seus dispositivos e sistemas, como, por exemplo, o Google; o Facebook, em seu sistema denominado Photo Tag Suggest; bem como, a Apple, que implementou o serviço Apple's IPhoto. E em razão da grande utilização dessa tecnologia por empresas de tecnologia, surge uma grande preocupação em relação à privacidade do cidadão.

Outro aspecto dessa tecnologia reside em sua utilização pelos Estados, por meio de câmeras de circuito fechado (CFTV) instaladas em locais públicos que identificam, a cada dia, milhares de rostos de indivíduos que transitam nas ruas das cidades, com a finalidade de proporcionar segurança pública aos cidadãos.

Uma forma de aplicação dessa tecnologia para a segurança pública é a oferecida pela empresa NEC Corporation, que possui software que pode ser utilizado de duas maneiras, para realizar o *watchlisting* e por meio de *upload* de imagens (BUMP, 2018).

Por meio do primeiro recurso, policiais podem conectar o software a uma transmissão ao vivo de câmeras de segurança ou, até mesmo, carregar um vídeo na plataforma. O software, então, irá capturar rostos que passem em frente a câmera em tempo real, adicionando-os a uma base de imagens faciais. Já o segundo recurso permite que os usuários do software façam upload de imagens no sistema ou selecionem imagens coletadas no modo *watchlist* para compará-las com fotos ou imagens de identificação em bancos de dados policiais (BUMP, 2018).

No Brasil, a tecnologia já é utilizada em mais de 05 (cinco) estados para que a polícia realize a identificação de suspeitos e potenciais criminosos, com o objetivo de ajudar as agências a reduzir o tempo de investigação e realizar prisões mais rápidas.

No carnaval de 2019, referida tecnologia foi utilizada para teste nas capitais do Rio de Janeiro (RECONHECIMENTO, 2019) e da Bahia (FREITAS, 2020), obtendo grandes resultados no reconhecimento de suspeitos.

---

1 Tradução livre: “A tecnologia de reconhecimento facial usa uma câmera fotográfica combinado com um software de reconhecimento facial. Este software é capaz de detectar e isolar rostos humanos capturados pela câmera e analisá-los usando um algoritmo que extrai e identifica características. O algoritmo identifica e mede ‘pontos nodais’ na face, que são definidos pelos picos e vales que compõem as características faciais humanas. Utilizando estas medições, o algoritmo determina as características de identificação de um indivíduo, tais como a distância entre os olhos, largura do nariz, de forma maçãs do rosto, e o comprimento da linha da mandíbula”.

Pode-se citar, ainda, a utilização da tecnologia de reconhecimento facial em Portugal, pelo Laboratório da Polícia Científica para fins de investigação criminal, bem como no controle de cidadãos estrangeiros nos aeroportos (CAPUCHO, 2018).

No entanto, esse tipo de utilização da tecnologia de reconhecimento facial faz surgir um novo tipo de preocupação que vai além da violação da privacidade do indivíduo. Conforme alerta Levashov (2013, p. 172):

A concern that unavoidably arises from the use of facial recognition technology is that identifying information can be collected and stored *en masse* without the need for any physical restraint or contact; as a result, a person is vulnerable to having identifying information captured and stored by the government or a private company (or even an individual) just by appearing in public.<sup>2</sup>

Desse modo, uma política que tem por finalidade a garantia de segurança da população acaba por criar novos riscos aos cidadãos, abordados no tópico seguinte deste artigo, os quais precisam ser conhecidos e analisados quando esta tecnologia é aplicada em locais públicos.

## **Os riscos da tecnologia de reconhecimento facial para a tomada de decisão**

O uso dos algoritmos e da Inteligência Artificial (IA) para a tomada de decisão automatizada vem ganhando espaço na sociedade devido a sua eficiência e rapidez. Atualmente, grandes corporações e Estados passaram a adotar essa tecnologia para aumentar a eficiência e produtividade de tarefas do cotidiano.

Além da eficiência e rapidez, as respostas geradas por esses software que atuam com base na Aprendizagem de Máquina são percebidas com um caráter de objetividade, próprio da matemática, e, por isso, são considerados mais acertados e “científicos” do que decisões feitas por seres humanos (O’NEIL, 2016).

Isso porque, a obscuridade dos algoritmos e o desconhecimento dos indivíduos tecnicamente leigos no assunto podem leva-los a julgar mal o “poder” do algoritmo, percebendo-os como um “agente independente e isolado e, finalmente, não perceber como o ‘poder’ pode ser realmente implementado por tecnologias e algoritmos” (FREITAS, 2020).

Neste contexto, cabe explicar que o reconhecimento facial é parte do estudo da área de Biometria, a qual é um subconjunto do campo do conhe-

---

2 Tradução livre: “Uma preocupação que inevitavelmente surge da utilização da tecnologia de reconhecimento facial é que as informações de identificação podem ser coletadas e armazenadas em massa, sem a necessidade de qualquer restrição ou contato físico; como resultado, as pessoas ficam vulneráveis a ter informações de identificação capturadas e armazenadas pelo governo ou empresas privadas (ou mesmo um indivíduo) apenas por aparecer em público”.

cimento humano: Identificação Humana. Um sistema computacional biométrico realiza medidas a partir de uma ou mais características físicas (impressão digital, face, íris, retina, orelha, maneira de andar, mão – geometria e palma, odor, DNA, entre outros) ou comportamentais (voz, escrita, expressões faciais, entre outros) de um indivíduo para determinar ou verificar sua identidade (JAIN et al., 2011, p. 3-4). A face é classificada como um elemento biométrico passivo (não depende de ação humana, como a voz ou a escrita) e que tanto pode fornecer medidas físicas (distância entre os olhos) quanto comportamentais (expressões faciais). Além disto, a face é a parte principal do corpo humano que permite interações de uma pessoa com o mundo exterior. Ao face abriga a maioria dos órgãos sensoriais fundamentais e necessários para perceber o mundo ao redor, a saber: olhos - visão, nariz - olfato, boca - paladar e ouvidos – audição (JAIN et al., 2011, p. 67-103).

Não se pode deixar de mencionar que questões raciais abrangem características biológicas ou, fenotípicas ou morfológicas. Assim, a raça se refere a características físicas como cor do cabelo, dos olhos, feição da face e formato do crânio, bem como o tom de pele. E os sistemas de reconhecimento facial funcionam a partir da extração de primitivas (representação matemática e computacional de uma métrica ou elemento de interesse) baseadas em tais características.

Os sistemas de reconhecimento facial são treinados com base em um *database* (base de dados), a partir do qual o algoritmo irá “aprender” a analisar imagens, dados ou informações, comparando-os, com o objetivo de identificá-los. Assim, caso a base de dados utilizada seja incompleta ou contenha algum tipo de preconceito ou discriminação própria do ser humano, a resposta gerada pelo algoritmo conterá esse mesmo preconceito.

Nesse sentido, costuma-se dizer que os algoritmos são tão bons quanto a sua base de dados. Os sistemas que utilizam a Aprendizagem de Máquina são vulneráveis e sensíveis aos *inputs*<sup>3</sup>, ou seja, aos dados apresentados a eles, uma vez que possuem a habilidade de adaptação frente a variação de *inputs* (OSOBA; WELSER, 2017, p. 7).

Pode-se observar esse tipo de resposta discriminatória em software de tomada de decisão por meio da análise de exemplos como o da Joy Buolamwini, uma negra, estudante de pós graduação no MIT, que, ao testar robôs sociais que utilizavam sistemas genéricos de reconhecimento facial para interagir com seres humanos, descobriu que tais robôs não conseguiam identificar sua face, a menos que ela utilizasse uma máscara branca (BUOLAMWINI, 2016).

Um estudo realizado pelo The Georgia Institute of Technology analisou o desempenho de diversos sistemas utilizados por veículos autônomos para reconhecimento de objetos e pedestres com o intuito de evitar fatalidades e descobriu que tais sistemas demonstraram um desempenho pior na detecção de pedestres que possuem tipos de pele entre 4 e 6 na escala de Fitzpa-

3 De acordo com o Dicionário da Língua Portuguesa Porto Editora (2020), “input” significa um “conjunto de dados introduzidos”.

trick<sup>4</sup> (WILSON; HOFFMAN; MORGENSTERN, 2019), o que demonstra que tais sistemas utilizados em carros autônomos apresentam problemas que advêm ou da base de dados ou da extração de primitivas baseadas em tom da pele, o que pode ser, muitas vezes, retirado do sistema a partir de uma análise de PCA (Principal Component Analysis) (SHLENS, 2003).

Ainda, pode-se citar o caso do Google Vision, recurso de análise de imagens do Google. O pesquisador Nicolas Kayser-Brill inseriu no referido sistema duas imagens de pessoas segurando um termômetro, em uma delas havia uma pessoa asiática e na outra uma pessoa negra. Na foto com a pessoa asiática, o recurso identificou rótulos como “tecnologia”, “dispositivo eletrônico” e “aparelho celular”. Já na foto em que aparece a pessoa negra, o sistema identificou o rótulo “arma” com 88% de certeza (SILVA, 2020).

Por meio desses exemplos percebe-se que software genéricos de reconhecimento facial podem apresentar tendência de não reconhecer rostos de pessoas negras com a mesma exatidão com que reconhecem rostos de pessoas brancas (SILVA; SILVA, 2019, p. 13).

Os sistemas de reconhecimento de imagem que são utilizados em meios sociais para finalidades privadas podem não causar grandes prejuízos, no entanto, quando se está tratando de um sistema utilizado em grande escala e para a tomada de decisões que podem prejudicar os indivíduos de uma sociedade de alguma forma, seja na invasão de sua privacidade ou na violação de seus Direitos Humanos, os riscos são ainda maiores.

As tecnologias de tomada de decisão automatizada têm por característica a magnitude de suas respostas, uma vez que conseguem realizar a análise de milhares de dados em um curto espaço de tempo, sendo muito mais eficazes e mais rápidas do que os seres humanos seriam realizando a mesma tarefa. Assim, um risco derivado de tais tecnologias toma proporções muito maiores do que um risco advindo da tomada de decisão por um único ser humano (O’NEIL, 2016).

Ao se utilizar um sistema de tomada de decisão automatizada que contém vieses raciais para a finalidade de identificar potenciais criminosos, há que se ter precaução para não estabelecer constrangimentos e violências derivadas da discriminação, “como abordagens policiais indevidas e atribuição inverídica de antecedentes criminais” (RODRIGUES, 2019).

No Brasil, a população negra já sofre com micro agressões derivadas da discriminação por raça diariamente (SILVA; SILVA, 2019, p. 12). Uma tecnologia que utiliza um algoritmo enviesado, treinado em uma base de dados sem diversidade em suas amostras, e que é utilizada sem a garantia de transparência acerca do processo adotado para a tomada de decisão, irá aumentar exponencialmente a ocorrência desses casos de discriminação racial e acabar por reforçar estereótipos de exclusão já existentes.

4 A escala de Fitzpatrick, desenvolvida em 1975 por Thomas B. Fitzpatrick, classifica, numericamente, os tipos de cor de pele humana, por meio de uma visão eurocêntrica. As cores entre 4 e 6 dizem respeito a pessoas pardas ou negras.



Nesse sentido, os erros algorítmicos e as respostas discriminatórias irão continuar acontecendo enquanto algoritmos desempenharem papéis de tomada de decisão cada vez mais proeminentes e continuarem sem regulamentação específica (OSOBA; WELSER, 2017, p. 25).

## **O papel das legislações de proteção de dados na regulação da utilização da tecnologia de reconhecimento facial**

Ante o exposto nos tópicos anteriores, faz-se necessária a análise das legislações de proteção de dados pessoais frente à problemática aqui apresentada, sendo que neste estudo o foco recai sobre o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)<sup>5</sup> na União Europeia e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)<sup>6</sup> no Brasil. O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD), que entrou em vigor em 2016 e se tornou aplicável em maio de 2018, como o próprio nome diz, regulamenta a privacidade e a proteção de dados pessoais dos indivíduos que ali se encontram.

Inicialmente, cabe destacar que a face, como já explicado é dado biométrico, portanto no RGPD, conforme artigo 4º, tópico 14, tem-se: “biometric data’ means personal data resulting from specific technical processing relating to the physical, physiological or behavioural characteristics of a natural person, which allow or confirm the unique identification of that natural person, such as facial images or dactyloscopic data”<sup>7</sup>. E, ainda, há que se observar o artigo 9º, tópico 1, que regulamenta o tratamento de “categorias especiais” de dados pessoais. O Regulamento europeu proíbe tais tratamentos, com exceção das hipóteses contidas no artigo 9º, tópico 2.

Na LGPD, os dados biométricos estão dentro da categoria de dados pessoais sensíveis (artigo 5, inciso II), definidos como: “dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.

O artigo 2º do RGPD trata do âmbito de aplicação material do Regulamento. No tópico 2 desse mesmo artigo, o RGPD aborda as situações em que o Regulamento não será aplicado, entre elas importa destacar as elencadas nas alíneas “a” e “d”, as quais preveem, respectivamente, as situações de “exercício de atividades não sujeitas à aplicação do direito da União”, incluída atividades relacionadas à segurança pública e à defesa nacional<sup>8</sup>; bem como, as

<sup>5</sup> Disponível em: <https://gdpr-info.eu/art-9-gdpr/>

<sup>6</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm)

<sup>7</sup> Tradução livre: “dados biométricos - significa dados pessoais resultantes de processamento técnico específico relacionado com as características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa singular, que permitem ou confirmam a identificação única dessa pessoa singular, como imagens faciais ou dados de impressão digital”.

<sup>8</sup> Considerando 16 da RGPD: “O presente regulamento não se aplica às questões de defesa dos direitos e das liberdades fundamentais ou da livre circulação de dados pessoais

situações em que o tratamento é realizado por “autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública”<sup>9</sup> (UE, 2016).

A partir desse artigo, observa-se que o Regulamento não se aplica no caso aqui estudado, qual seja o de utilização de tecnologias de reconhecimento facial para a segurança pública. No entanto, conforme o Considerando 19 da RGPD, esses casos de tratamento de dados pessoais sensíveis realizados por autoridades policiais e judiciais são regulados pela Diretiva 2016/680 (CARVALHO, 2019, p. 79).

Em Portugal, referida diretiva foi transposta pela Lei n° 59/2019, que aprovou as regras relativas ao tratamento de dados pessoais para efeitos de prevenção, detecção, investigação ou repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais.

Ainda, Portugal possui lei infraconstitucional, n° 1/2005, que regula a utilização de câmeras de vídeo pelas forças e serviços de segurança em locais públicos de utilização comum. Em seu artigo 2°, a lei prevê para quais finalidades a utilização de vídeo-vigilância são autorizadas: “a) Proteção de edifícios e instalações públicos e respectivos acessos; b) Proteção de instalações com interesse para a defesa nacional; c) Proteção da segurança das pessoas e bens, públicos ou privados, e prevenção da prática de crimes em locais em que exista razoável risco da sua ocorrência”.

Em seu artigo 7° estão elencados uma série de princípios que devem ser observados quando da utilização de câmeras de vídeo-vigilância, dentre os quais dois se destacam: os princípios da proporcionalidade e da adequabilidade. De acordo com esses princípios, a utilização dessas câmeras somente é autorizada quando se mostrar como um meio proporcional e mais adequado do que outros para se manter a segurança e a ordem pública, bem como prevenir a prática de crimes (CARVALHO, 2019, p. 90).

Portanto, para que câmeras de reconhecimento facial sejam utilizados pelas forças de segurança em Portugal, é necessário que sigam as regras presentes nas Leis n° 59/2019 e n° 1/2005.

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n° 13.709/2018), que

---

relacionados com atividades que se encontrem fora do âmbito de aplicação do direito da União, como as que se prendem com a segurança nacional. O presente regulamento não se aplica ao tratamento de dados pessoais pelos Estados-Membros no exercício de atividades relacionadas com a política externa e de segurança comum da União” (UE, 2016).

9 Considerando 19 da RGPD: “A proteção das pessoas singulares em matéria de tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública, e de livre circulação desses dados, é objeto de um ato jurídico da União específico. [...] Todavia, os dados pessoais tratados pelas autoridades competentes ao abrigo do presente regulamento deverão ser regulados, quando forem usados para os efeitos referidos, por um ato jurídico da União mais específico, a saber, a Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho [...]” (UE, 2016)

foi inspirada no RGPD europeu e entrou em vigor em setembro de 2020, vai no mesmo sentido prevendo, em seu artigo 4º, os casos de exceção à aplicação da lei, dentre os quais importa destacar o tratamento de dados pessoais “(iii) realizados para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividade de investigação e repressão de infrações penais; [...]”.

Para esses casos, o §1º do art. 4º prevê que a regulação será redigida por lei específica, atendendo ao interesse público, o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos na LGPD. Ainda, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) ficará responsável por emitir recomendações e opiniões técnicas, bem como solicitar relatórios de impacto à proteção de dados (CARVALHO, 2019, p. 94).

Cumprido ressaltar que a LGPD é uma legislação nova, que entrou em vigor recentemente, e, apesar de prever que o tratamento de dados pessoais realizado para fins de segurança pública, defesa nacional e segurança do estado será regulada por lei específica, bem como, que as instituições públicas devem atender aos princípios gerais de proteção de dados e realizar relatórios de impacto à proteção de dados, até a presente data (novembro de 2020) não existe qualquer lei específica sobre a matéria e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados ainda não foi implementada.

Enquanto a matéria continua sem regulação, há Portaria nº 793/2019 que regulamenta o incentivo financeiro das ações do Eixo de Enfrentamento à Criminalidade Violenta, sendo uma das medidas propostas o “fomento à implantação de sistemas de videomonitoramento com soluções de reconhecimento facial, por Optical Character Recognition - OCR, uso de inteligência artificial ou outros” (art. 4º, § 1º, III, b).

Na LGPD, a hipótese de tratamento de dados sensíveis é a do consentimento, o qual deve ser expresso de forma específica e destacada, e ainda, há que se configurar como manifestação livre, informada e inequívoca por parte do titular de dados com a finalidade do tratamento de dados.

Desse modo, percebe-se que existe grande diferença na regulação da matéria entre Portugal e Brasil. Enquanto o primeiro demonstra preocupação quanto a instalação desenfreada de câmeras de vídeo-vigilância em locais públicos, criando leis específicas para isso; no Brasil, a LGPD acaba de entrar em vigor e a legislação específica que regula o tratamento de dados previsto no art. 4º, inciso III ainda não foi criada, sendo que a ANPD ainda não foi implementada.

## **Considerações Finais**

Observa-se que sistemas de reconhecimento facial utilizados pelos Estados, com a finalidade de promover a segurança pública, vêm ganhando força. No Brasil, a tecnologia já está sendo utilizada em mais de 4 estados e está em processo de implantação e teste em outros.

Enquanto sistemas baseados em reconhecimento facial trazem claros benefícios para as agências de segurança, aumentando sua produtividade, reduzindo o tempo de investigação e prisão de criminosos fugitivos e, possivelmente, melhorando a segurança pública, há que se reconhecer, também, os inúmeros riscos que essa tecnologia traz para a sociedade quando não devidamente instrumentalizada, técnica e juridicamente.

Desse modo, cumpre observar que a legislação brasileira ainda tem muito o que avançar. Espera-se que o Brasil siga o exemplo de Portugal e crie legislações específicas para a regulação do tema, para que os grandes avanços da tecnologia possam ser utilizados sem receios.

## Referências

BUMP, Pamela. Facial Recognition in Law Enforcement – 6 current applications. **Emerj**, 2018. Disponível em: <https://emerj.com/ai-sector-overviews/facial-recognition-in-law-enforcement/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BUOLAMWINI, Joy. **How I'm fighting bias in algorithms**. Produção de TEDxBeaconStreet, 2016. Disponível em: [https://www.ted.com/talks/joy\\_buolamwini\\_how\\_i\\_m\\_fighting\\_bias\\_in\\_algorithms?language=pt#t-101662](https://www.ted.com/talks/joy_buolamwini_how_i_m_fighting_bias_in_algorithms?language=pt#t-101662). Acesso em: 10 nov. 2020.

CAPUCHO, Joana. Na polícia, no carro, no aeroporto, o reconhecimento facial já não é ficção. **Diário de Notícias**, 2018. Disponível em: <https://www.dn.pt/sociedade/na-policia-no-carro-no-aeroporto-o-reconhecimento-facial-ja-nao-e-ficcao-9047999.html>. Acesso em: 10 nov. 2020.

CARVALHO, William Anderson Eloi de. Vigilância das forças de segurança através de câmeras de reconhecimento facial e o conflito com o direito à privacidade – Brasil e Portugal, 2019. 136 f. **Dissertação (Mestrado em Direito e Segurança)** – Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa – Portugal, 2019.

EUBANKS, Virginia. **Automating Inequality: how high-tech tools profile, police, and punish the poor**. New York: Picador, 2018.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. A obscuridade dos algoritmos e a LGPD. **Estadão**. 2020. Disponível em: <http://www.anoregpr.org.br/artigo-estadao-a-obscuridade-dos-algoritmos-e-a-lgpd-por-cinthia-obladen-de-almendra-freitas/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; BARDDAL, Jean Paul. Análise preditiva e decisões judiciais: controvérsia ou realidade? **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**, Florianópolis, v. 1, n. 18, p. 107-126, 2019.

FREITAS, Tainá. **O avanço do reconhecimento facial no Brasil cresce junto ao Carnaval**. StartSe, 2020. Disponível em: <https://www.startse.com/noticia/nova-economia/reconhecimento-facial-brasil-avanco-carnaval#:~:text=O%20Governo%20da%20Bahia%20utilizou,mandados%20de%20pris%C3%A3o%20em%20aberto>. Acesso em: 10 nov. 2020.

JAIN, Anil K.; ROSS, Arun A.; NANDAKUMAR, Karthik. **Introduction to biometrics**. London: Springer, 2011.

LEVASHOV, Kirill. The Rise of a New Type of Surveillance for Which the Law Wasn't Ready (2013). **Columbia Science and Technology Law Review**, v. 15, p. 164, Fall 2013. p. 167-168.

O'NEIL, Cathy. **Weapons of Math Destruction**. First Edition. New York: Crown Publishers, 2016.

OSOBA, Osonde A.; WELSER IV, William. **An Intelligence in Our Image: The Risks of Bias and Errors in Artificial Intelligence**. Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2017. Disponível em: [https://www.rand.org/pubs/research\\_reports/RR1744.html](https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR1744.html). Acesso em: 10 nov. 2020.

RECONHECIMENTO facial no Carnaval: riscos tecnológicos nada divertidos. **Carta Capital**, 2019. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/reconhecimento-facial-no-carnaval-riscos-tecnologicos-nada-divertidos/>. Acesso em: 10 nov. 2020

RODRIGUES, Gustavo. Reconhecimento Facial na Segurança Pública: Controvérsias, riscos e regulamentação. Blog. **Instituto de Referência em Internet e Sociedade**, 27 fev. 2019. Disponível em: <https://irisbh.com.br/reconhecimento-facial-na-seguranca-publica-controversias-riscos-e-regulamentacao/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

SILVA, Rosane Leal da; SILVA, Fernanda dos Santos Rodrigues da. Reconhecimento Facial e Segurança Pública: Os perigos do uso da tecnologia no sistema penal seletivo brasileiro. In: **Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade**, nº 5, 2019, Santa Maria/RS. Anais Eletrônicos. Santa Maria: UFSM, 2019. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/563/2019/09/5.23.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.

SILVA, Tarcízio. Google acha que ferramenta em mão negra é uma arma. **Blog. Pesquisa, Métodos Digitais, Ciência, Tecnologia e Sociedade**, 02 abr. 2020. Disponível em: <https://tarciziosilva.com.br/blog/google-acha-que-ferramenta-em-mao-negra-e-uma-arma/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

SHLENS, Jon. **A tutorial on principal component analysis: Derivation, Discussion and Singular Value Decomposition**. 2003. Disponível em: [https://www.cs.princeton.edu/picasso/mats/PCA-Tutorial-Intuition\\_jp.pdf](https://www.cs.princeton.edu/picasso/mats/PCA-Tutorial-Intuition_jp.pdf). Acesso em: 10 nov. 2020.

WILSON, Benjamin; HOFFMAN, Judy; MORGENSTERN, Jamie. **Predictive Inequity in Object Detection**. 2019. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1902.11097>. Acesso em: 10 nov. 2020.

# CONTACT-TRACING: PROTEÇÃO DE DADOS NA CRISE SANITÁRIA COVID-19

**Juliana Falci Sousa Rocha Cunha**

Doutoranda em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal, Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos/Brasil, Especializada em Estudos Europeus pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal, Pós-graduada em Direito Empresarial e em Direito Civil pela Faculdade Milton Campos/Brasil, Graduada em Direito pela Faculdade Milton Campos/Brasil, Graduada em Administração de Empresas pelo Centro Universitário UNA/Brasil, Tecnóloga em Processamento de Dados pelo Centro Universitário UNA/Brasil

## **Resumo:**

Vivemos uma catástrofe sanitária sem precedentes provocada pelo novo coronavírus, o que tem feito com que os Estados recomendem aos cidadãos a adoção de medidas de prevenção e utilização de ferramentas tecnológicas visando combater a pandemia. Este artigo aborda a pandemia com enfoque em ferramentas que visam a sua contenção, em especial aplicativos de “contact-tracing”, levando sempre em consideração o direito à proteção de dados. Inicialmente tratamos da pandemia e de ferramentas e medidas utilizadas por alguns Estados. Em seguida, abordamos as principais diferenças entre os aplicativos de “contact-tracing” utilizados na União Europeia, no Reino Unido, na China e na Rússia. Logo após analisamos os principais riscos relacionados aos aplicativos. Concluimos que o “contact-tracing” representa um alto risco de vigilância massiva durante e após a pandemia e que o novo coronavírus ocasionou a flexibilização dos direitos fundamentais à proteção de dados e à privacidade.

**Palavras-chave:** Coronavírus; Contact-Tracing; Dado Pessoal; Privacidade.

## **Introdução**

O ano de 2020 surpreendeu o mundo com o aparecimento da pandemia do novo coronavírus, também conhecido como COVID-19 ou SARS-Cov-2. Muitos países adotaram ferramentas e mecanismos visando combater o vírus, os quais, entretanto, podem eventualmente ser questionáveis em termos dos direitos fundamentais à proteção de dados e à privacidade.

Mesmo 1 (um) ano após o primeiro caso de pessoa contaminada com o novo coronavírus na China, medicamentos previamente existentes continuam sendo utilizados para tentar reduzir os efeitos do SARS-Cov-2 nas pessoas contaminadas. Os cientistas estão pesquisando vacinas realmente eficientes objetivando reduzir o número de pessoas contaminadas e falecidas. Entretanto, mesmo que alguma vacina se mostre eficiente, a sua produção e distribuição à nível mundial levará um tempo considerável, sendo assim necessária a adoção de outras medidas.

Neste contexto, os recursos tecnológicos desenvolvidos por empresas e governos têm se aprimorado visando auxiliar o controle da pandemia. Exemplo disto é o uso de inteligência artificial, drones, reconhecimento facial, escâneres corporais e aplicativos de “contact-tracing”, sendo este de especial interesse ao presente estudo.

O “contact-tracing” é uma técnica de rastreamento de contatos que nos dias atuais tem sido atrelada à tecnologia. Com a pandemia de SARS-Cov-2, foram desenvolvidos aplicativos de telefone móvel que utilizam esta técnica, permitindo assim a notificação dos usuários que tenham tido contato fisicamente com algum utilizador do mesmo aplicativo contaminado com o vírus, desde que o fato tenha sido informado no dispositivo pela pessoa infectada. Não se trata de uma tecnologia nova, já tendo sido utilizada, por exemplo, no controle da disseminação do vírus Ebola na África e do vírus MERS-CoV no Oriente Médio.

Contudo, existem questionamentos quanto a utilização do “contact-tracing” frente aos direitos à proteção de dados e à privacidade. Um deles é a possibilidade da flexibilização destes direitos frente à crise sanitária e as tecnologias existentes e em desenvolvimento, como, por exemplo, os aplicativos de rastreamento de contatos. A União Europeia já se pronunciou favoravelmente à flexibilização, levando em consideração, em especial o Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016.

Além disto, os potenciais riscos da adoção das tecnologias de rastreamento de contatos também podem ser significativos, como a vigilância massiva, os quais merecem ser melhor estudados.

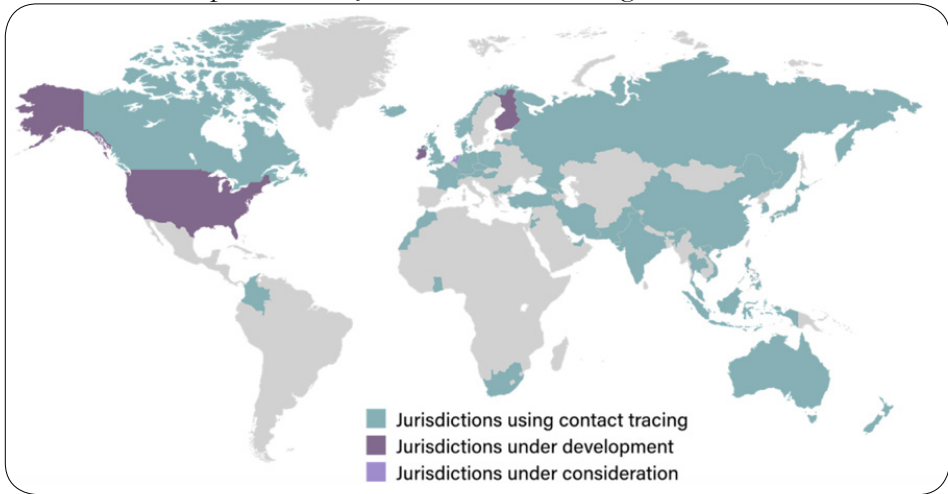
Frente ao exposto, o desafio atual em termos da crise sanitária do novo coronavírus não é somente o desenvolvimento de vacinas eficientes, mas também a utilização de meios tecnológicos objetivando o seu controle, o que apresenta questionamentos, por exemplo, em termos de direitos à privacidade e à proteção de dados.

Assim sendo, para a elaboração do presente trabalho a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica quanto ao procedimento e a pesquisa exploratória quanto aos objetivos.

## Pandemia: “contact-tracing” e outras ferramentas

Aplicativos que utilizam a técnica de “contact-tracing”<sup>1</sup> têm sido muito utilizados por diversos países e empresas, conforme Mapa I, visando o rastreamento de pessoas contaminadas com o novo coronavírus, objetivando assim a sua contenção.

Mapa I: Utilização de “contact-tracing” no mundo



Fonte: Norton Rose Fulbrigh – Outubro de 2020

1 Reforçamos que o “contact-tracing” é uma técnica que está sendo utilizada no desenvolvimento de aplicativos de telefone móvel. Sempre que o telefone celular de um usuário se aproxima a uma distância e durante um tempo previamente determinados (por exemplo, 2 (dois) metros de distância por um período de 15 (quinze) minutos) de um “smartphone” de outro utilizador que também possui o app instalado, são trocados códigos de identificação de ambos, que são armazenados. Na eventualidade de um usuário ser contaminado com alguma doença, vírus ou bactéria e informar o fato no aplicativo, os demais usuários com os quais o telefone móvel tiver contactado serão notificados de que um dos seus contatos foi contaminado, para que assim possam ser tomadas as providências pertinentes, como teste de infecção, assistência médica e isolamento.

Com relação à avaliação automática do algoritmo do aplicativo quanto, por exemplo, ao isolamento obrigatório do usuário e a legislação da União Europeia, o art. 22 do Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD assegura que o cidadão tem o direito de não ser submetido a uma decisão baseada unicamente no tratamento automatizado de seus dados pessoais “(...) que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma singular”, já que são admitidas falhas. Desta forma, tão somente a utilização do app não pode estar relacionada a uma consequência jurídica, como é o caso do isolamento obrigatório.

O “contact-tracing” pode adotar tecnologia centralizada ou descentralizada. No primeiro caso, os códigos identificadores são gerados e armazenados em um servidor centralizado, enquanto que no segundo eles são gerados e guardados nos próprios celulares dos utilizadores. Além disso, eles podem utilizar tecnologia “bluetooth” ou geolocalização (GPD) para detectar se o usuário se aproxima de outro utilizador do mesmo aplicativo. O mais recomendável é a utilização de “bluetooth”, que é menos invasivo e acarreta menor monitoramento da localização do usuário.

Especialmente com relação aos dados utilizados pelo rastreamento de contatos, o ideal é que eles sejam anonimizados, e não pseudonimizados, sob pena, por exemplo, da identificação da pessoa humana.



A Coreia do Sul, por exemplo, associou a testagem da população com alguns de seus dados pessoais como os registros de geolocalização, possibilitando alertar as pessoas que tiveram contato com um indivíduo contaminado para que possam tomar as devidas medidas, entre elas, teste e isolamento.

Com o mesmo objetivo, alguns países da Europa desenvolveram aplicativos que, uma vez baixados e instalados nos seus telefones móveis, permitem que caso a pessoa seja diagnosticada com o novo coronavírus e tendo ela informado o fato no app, os indivíduos com os quais ela teve contato sejam notificados para que adotem o protocolo de segurança. Alguns exemplos de apps na União Europeia são o “StayAwayCOVID” (Portugal), o “TousAntiCovid” (França) e o “Immun” (Itália).

Além disto, empresas também desenvolveram aplicativos e tecnologias visando o combate ao COVID-19. A Apple e a Google, por exemplo, trabalharam juntas no desenvolvimento de um aplicativo de rastreamento de contatos que, segundo elas, não tem acesso à localização do utilizador e que a identificação do usuário não é compartilhada com a Apple, a Google e outros usuários. O app utiliza tecnologia “bluetooth” e toda vez que detecta outro telefone celular próximo e com o app instalado ele faz a troca dos números identificadores (que são randômicos e alterados em poucos minutos). Caso um dos usuários do app seja infectado com o novo coronavírus, ele pode informar o ocorrido no aplicativo e todos os telefones móveis que com ele tiveram contato nos últimos 40 (quarenta) dias receberão uma notificação de que talvez tenham sido expostos ao vírus. Ademais, a Google desenvolveu o app “Sodar” que utiliza realidade aumentada para calcular uma área circular de 2 (dois) metros ao redor do utilizador, referente ao distanciamento social recomendado. Todavia, o app necessita de autorização para acessar a câmera do “smartphone”, possibilitando que seja criado um círculo com raio de 2 (dois) metros ao redor do aparelho e um mapa 3D do local onde se encontra o usuário. Segundo a Google, as imagens captadas são mantidas no dispositivo e não são transferidas para a empresa ou terceiros.

No Brasil, a coleta e o tratamento de dados pessoais com finalidade de controle da pandemia de COVID-19 enfrentam questionamentos. Alguns estados e municípios obtiveram informações de geolocalização dos telefones celulares de todos os cidadãos sob alegação de necessidade de monitoramento do percentual de deslocamento das pessoas na região. O governo do estado de São Paulo, por exemplo, firmou parceria com empresas de telefonia, visando obter os dados para a realização do referido monitoramento. Outros estados, como Amazonas, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, e algumas cidades, como Recife, Teresina e Aracaju, trabalharam com o Índice de Isolamento Social<sup>2</sup> elaborado pela empresa “inloco”<sup>3</sup>, que desenvolve tecnologia de

---

2 O Índice de Isolamento Social da empresa “inloco” diz respeito à recomendação das autoridades públicas de isolamento e está disponível para o público em um mapa, por estado.

3 Esta empresa afirma que oferece tecnologia que estuda o comportamento da localização

localização. No âmbito federal foi editada a Medida Provisória 954/2020, que dispunha sobre o compartilhando de dados pessoais por empresas de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, mas ela foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal – STF em sede de algumas Ações de Inconstitucionalidade. Além disto, discussões foram iniciadas pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações – MCTIC com empresas operadoras de telefonia móvel para o uso de informações de telefones celulares da população pelo governo, o que, entretanto, foi posteriormente rechaçado pelo então Presidente da República, Dr. Jair Messias Bolsonaro.

Desta feita, a coleta e o tratamento de dados pessoais têm ocorrido sob a justificativa de contenção da pandemia através de rastreamento de contatos e tratamento de dados para verificação de isolamento por parte da população. Entretanto, a coleta, o processamento e o armazenamento de tais dados gera uma estrutura de vigilância, o que pode afetar a privacidade e a proteção de dados a longo prazo. Assim sendo, é preciso atenção já que quando esta estrutura é criada dificilmente é eliminada após o fim da sua motivação, sendo que muitas vezes outras justificativas utilizadas para a sua manutenção. Ou seja, existe o forte temor de que as atuais coletas e armazenamentos de dados pessoais visando o monitoramento do isolamento social não sejam uma conduta pontual, mas permanente.

## Tecnologias de “contact-tracing”

Diversos Estados-Membros da União Europeia apoiaram o desenvolvimento e a utilização de “contact-tracing”<sup>4 5</sup>, buscando assim a melhor solução para o controle do SARS-Cov-2.

Entre as opções de modelo digital que surgiram na União Europeia, destacamos o “Pan-European Privacy-Preserving Proximity Tracing” – PEPP-PT, que é baseado na proteção de dados pessoais e permite que uma maior população seja coberta pela tecnologia. A PEPP-PT foi desenvolvida por empresas europeias de grande porte e pesquisadores universitários objetivando interromper a cadeia de transmissão do novo coronavírus e informar as pessoas sobre potencial exposição à um indivíduo contaminado. A plataforma

---

de cerca de 60 (sessenta) milhões de brasileiros que não são identificados, garantindo a privacidade e o anonimato.

4 O rastreamento de contatos pode ser tradicional ou digital. No primeiro caso, podemos citar como exemplo as ações iniciais adotadas pelas autoridades portuguesas que realizaram contatos por telefone com os cidadãos visando conter o COVID-19. Posteriormente, foi adotado o “contact-tracing” digital, tendo sido desenvolvido um aplicativo para “smartphone” visando agilizar o rastreio dos contatos, o diagnóstico dos cidadãos contaminados e a notificação daqueles com os quais a pessoa infectada teve algum contato.

5 A conveniência de utilização de uma única tecnologia de rastreamento deve-se em grande parte à mobilidade das pessoas entre os Estados-Membros. No caso da adoção de uma tecnologia única, independente em que nação o cidadão esteja, serão registrados os contatos realizados e caso ele venha a ser contaminado com o SARS-Cov-2, as pessoas com as quais ele interagiu fisicamente serão alertadas para que tomem as devidas providências (e vice-versa), independente dos Estados-Membros onde estejam localizados.

utiliza tecnologia “bluetooth low energy” (e não dados de geolocalização, o que é mais intrusivo) e não exige os dados de localização de cada telefone móvel. A União Europeia recomendou que as informações sobre conexões entre tais aparelhos sejam armazenadas nos próprios dispositivos (abordagem descentralizada), com um servidor “back-end” somente para enviar os alertas às pessoas que tiveram contato com o indivíduo infectado. Entretanto, também é possível desenvolver aplicativos com esta tecnologia com abordagem centralizada, ou seja, com as informações sobre as conexões armazenadas por uma determinada autoridade. Neste modelo também é plausível disponibilizar aos usuários medidas de precaução. Ademais, a União Europeia aconselhou que os aplicativos de rastreamento de contatos sejam interoperáveis, de uso voluntário, respeitem a privacidade e que sua utilização seja temporária, logo, somente durante a pandemia.

Outra proposta europeia é a “Decentralized Privacy-Preserving Proximity Tracing” – DT-3T que também utiliza tecnologia “bluetooth low energy”, mas contrariamente à proposta anterior adota um servidor centralizado para processamento e eventual notificação dos usuários, o que foi bastante criticado em termos de segurança da informação.

Desta feita, diversos países da União Europeia desenvolveram seus próprios aplicativos de “contact-tracing”, que, em sua grande maioria, têm sido objeto de diversas discussões, com relação à eficácia, à tecnologia e à proteção de dados.

Na França inicialmente foi adotado o app “StopCovid”, que foi posteriormente substituído pelo “TousAntiCovid”, uma versão mais interativa, com novas funções e serviços. Ele utiliza tecnologia “bluetooth” para identificação de celulares próximos que não estejam em movimento e não utiliza a localização dos seus utilizadores. Uma vez contaminado com COVID-19, o usuário recebe um código para inserir no app, sendo que inclusive deve informar quando sentiu os primeiros sintomas. Em seguida, as pessoas que tiveram contato próximo com o infectado receberão um alerta sobre o ocorrido para que tomem as medidas de prevenção recomendadas pela autoridade de saúde. O aplicativo pode a qualquer tempo ser desinstalado do telefone móvel pelo usuário, mas os dados serão apagados do aparelho somente após 14 (quatorze) dias, que é o prazo máximo estimado de incubação do novo coronavírus.

A Itália desenvolveu o polêmico aplicativo “Immuni”<sup>6</sup> que é “open-source”, emprega tecnologia “bluetooth low energy”, não identifica os usuários, não coleta dados de geolocalização dos utilizadores e adota armazenagem de dados centralizada em servidor localizado na Itália, que poderá somente ser acessado pelas autoridades italianas competentes. Segundo informações do Ministério da Saúde italiano (2020), em 20 de Novembro de 2020

6 Na Itália o Decreto Lei 28, de 30 de abril de 2020 regulamentou o “sistema de alerta COVID-19”, sendo de adoção voluntária por parte dos cidadãos, vetada a obrigatoriedade da utilização do aplicativo para acesso a lugares públicos, como edifícios, parques públicos e restaurantes.

o app foi baixado cerca de 10 milhões de vezes (em grande maioria por telefones móveis que utilizam sistema Android), tendo sido informados mais de 4.900 usuários contaminados, o que levou ao envio de aproximadamente 78.000 notificações. Além disto, o Ministério (2020) assegura que o app possui interoperatividade com aplicativos anti-Covid-19 da Irlanda, Espanha, Alemanha, Dinamarca, Croácia e Letônia.

Em Portugal, após uma longa discussão, foi adotado o app “StayAwayCOVID” que decorre do trabalho de pesquisa desenvolvido pelo projeto DP<sup>3</sup>T, tendo como um dos objetivos a possibilidade de interoperatividade deste aplicativo com outros europeus e de fora da União Europeia. O aplicativo utiliza “bluetooth low energy” e “application programming interfaces” – APIs de “exposure notification” da Google e da Apple e não tem acesso à identidade e aos dados pessoais dos usuários. Os dados manipulados pelo sistema são guardados por no máximo 14 (quatorze) dias no próprio celular, sendo somente os dados relacionados ao diagnóstico positivo ao novo coronavírus armazenados em servidor da autoridade competente, pelo mesmo período. No caso do “StayAwayCOVID” ser apagado do telefone móvel, todos os dados a ele relacionados também serão deletados no máximo em 14 (quatorze) dias. Além disto, as autoridades portuguesas asseguram que o sistema de monitoramento do SARS-Cov-2 em Portugal, no qual está incluído o app em comento, será descontinuado quando for declarado o fim da pandemia no país.<sup>7</sup>

No Reino Unido foi adotado o aplicativo “NHS Covid-19”, que utiliza a tecnologia desenvolvida pela Apple e pela Google. O app também fornece informações ao usuário quando o seu município se torna de alto risco, como quais ações deve tomar. No aplicativo é possível realizar “check in” em estabelecimentos de maneira fácil e rápida e verificar se os sintomas que o utilizador está sentindo se enquadram como sendo do novo coronavírus. O app utiliza “bluetooth low energy” e o “application programming interfaces” – APIs de “exposure notification” da Google e da Apple e não monitora a localização do usuário.

Frente aos exemplos citados acima, bem como outros que foram estudados para a elaboração do presente trabalho, verificamos que os países democráticos que adotaram aplicativo de rastreamento de contatos não fazem referência à minimização da coleta dos dados, ou seja, à limitação das informações estritamente necessárias. Quanto ao término do tratamento de dados, não são todos os aplicativos que apresentam informações, bem como a maioria deles não aborda questões relacionadas à sua desinstalação automática e ao apagamento dos dados ao final da pandemia de COVID-19. Também observamos que todos os aplicativos analisados não são de utilização obrigatória e

---

7 A Comissão Nacional de Proteção de Dados – CNPD participou do desenvolvimento do aplicativo “StayAwayCOVID”, tendo emitido a sua opinião inclusive sobre a avaliação de risco que o aplicativo foi submetido e do diploma do governo português que regulamentou a utilização do app.

são gratuitos.

Finalmente, não podemos deixar de citar que alguns países não democráticos também utilizam aplicativos de rastreamento de contatos para o controle da disseminação do SARS-Cov-2, como a China e a Rússia.

Na China todos os indivíduos são obrigados a descarregar e utilizar o aplicativo de “contact-tracing”, que utiliza geolocalização. Para entrar em trens, ônibus, supermercados e outros estabelecimentos as pessoas devem escanear um “QR code” localizado próximo à entrada. Este código permite identificar a pessoa com três cores: verde, que significa saudável, laranja, que indica que o indivíduo deve estar em quarentena e vermelho, que aponta que o cidadão deve estar isolado. Entretanto, existem preocupações quanto às informações coletadas pelo aplicativo, que podem ser, por exemplo, datas e lugares frequentados pelo usuário. Esta apreensão é ainda maior com a utilização do app por um longo tempo, permitindo com que o Estado crie um imenso banco de dados sobre a vida privada dos indivíduos que circulam pelo país.

Já na Rússia um Decreto determinou que todos os cidadãos, inclusive crianças, com diagnóstico ou sintoma de coronavírus são obrigados a instalar um app nos “smartphone” e a assinar uma declaração na qual se obrigam a utilizá-lo durante o período de quarentena, ou seja, 14 (quatorze) dias<sup>8</sup>, sob pena de hospitalização forçada. Entretanto, o “Human Rights Watch” (2020) afirmou que este aplicativo viola a privacidade dos seus utilizadores, por exemplo, com a obrigatoriedade destas pessoas enviarem periodicamente “selfies” em suas residências, comprovando que estão em casa cumprindo devidamente a quarentena<sup>9</sup>, sob pena de serem multados. Além disto, o aplicativo russo tem acesso à localização do utilizador, chamadas telefônicas, mensagens, câmera, informações da rede, sensores etc.

Desta feita, cada país optou pelo modelo de tecnologia “contact-tracing” que melhor lhe convém. A União Europeia, por exemplo, pretende que os aplicativos dos Estados-Membros sejam interoperáveis, permitindo que o controle da pandemia cubra a maior base territorial possível. Também constatamos que a coleta de dados e a vigilância dos aplicativos em países não democráticos é significativamente superior aos demais, sendo que em alguns deles a sua utilização é obrigatória para os residentes e visitantes.

---

8 Segundo a “Human Rights Watch” (2020), apesar da quarentena ter o período de 2 (duas) semanas, o aplicativo russo não é encerrado no “smartphone” do utilizador até que ele obtenha um certificado de saúde que assegure que ele não é mais portador do novo coronavírus.

9 Os usuários recebem alertas do sistema para que imediatamente enviem as referidas “selfies”. Estes alertas podem ser enviados a qualquer hora do dia ou da noite, inclusive quando as pessoas monitoradas possivelmente estão dormindo e não acabem não tomando conhecimento da notificação.

## Alguns riscos relacionados aos aplicativos de “contact-tracing”

No atual cenário da pandemia do novo coronavírus, as vantagens que a tecnologia oferece aos países e aos cidadãos são diversas. Quanto aos países, os dados podem auxiliar as autoridades competentes no controle da propagação do SARS-Cov-2. No que se refere aos cidadãos, as tecnologias possibilitam atendimento médico digital, autodiagnóstico, rastreamento e alerta de dados de proximidade entre as pessoas, além de informações relacionadas à prevenção e proteção de doenças.

Entretanto, o enfrentamento da crise sanitária global levanta questionamentos, como em relação à tutela de dados pessoais e da privacidade, o que deve ser observado tanto sob a ótica social quanto da segurança<sup>10</sup>, já que pode acarretar uma vigilância massiva.

### O risco de vigilância massiva

Desde o início da COVID-19 existe uma crescente coleta e armazenamento de dados pessoais dos cidadãos<sup>11</sup> por parte de autoridades governamentais, sendo que entre os motivos de justificativa são citados o melhor conhecimento do comportamento da doença e a assertividade das recomendações de medidas de prevenção e controle.

Esta vigilância epidemiológica permite, por exemplo, o rastreamento dos contatos de uma pessoa contaminada, a fiscalização de cumprimento do isolamento (compulsório ou voluntário) da população e o monitoramento de deslocamento dos cidadãos.

Acreditamos que em alguns locais estão sendo criadas estruturas de monitoramento excessivas, constantes e em tempo real, que em determinados casos chegam a ser bem aceitas por parte dos cidadãos. Entretanto, uma vez criada esta estrutura dificilmente será desfeita, podendo colocar em risco direitos fundamentais como a privacidade<sup>12</sup>.

Além disto, esta vigilância massiva também corre o risco de ser discriminatória<sup>13</sup>.

---

10 Com relação à segurança Alexandra Aragão (2020, p. 5) destaca que devemos nos atentar para “(...) as condições de segurança na produção, acesso e utilização da informação produzida, processada, armazenada e transmitida. (...)”.

11 Este não é um dos riscos exclusivo dos aplicativos relacionados à SARS-Cov-2, mas sim dos aplicativos de telefones celulares em geral.

12 Alexandra Aragão (2020, p. 7) destaca que estão em causa vários direitos fundamentais, como a liberdade de reunião, a liberdade de iniciativa, a liberdade de deslocação, a intimidade da vida privada, a dignidade da pessoa humana e a igualdade de tratamento e não discriminação.

13 Com relação à vigilância discriminatória Alexandra Aragão (2020, p. 7-8) acrescenta que o fornecimento de informações pessoais de saúde a terceiro pode levar a “(...) situações de discriminação *a posteriori*, mesmo após o fim da pandemia. (...), sendo citado como exemplo a possibilidade de uma pessoa infectada com COVID-19 poder ser discriminada no acesso ao emprego, aos transportes públicos, a empréstimos bancários e à obtenção de cuidados de saúde.” Esta afirmação nos parece ainda mais assertiva a partir do momento em que verificamos que um número relevante de pessoas que foram contaminadas pelo

## Outros riscos

Um dos obstáculos dos aplicativos de rastreamento de contatos é a cobertura populacional. O desafio é saber o percentual ou número de indivíduos em um país que precisa instalar e utilizar o aplicativo para que seja obtido um volume significativo de informações que possam ser utilizadas para tomada de decisões eficientes no combate à pandemia.

Atrelado a este risco está a possibilidade de baixo uso do app por pessoas idosas, as quais fazem parte do grupo de risco do COVID-19. Esta baixa utilização pode ocorrer porque os idosos não possuem aparelho celular adequado ao uso do aplicativo ou não possuem familiaridade com este tipo de tecnologia ou app.

Com relação à adoção voluntária do uso de aplicativo de “contact-tracing”, é possível que as pessoas não se sintam seguras quanto à sua utilização com relação à privacidade e aos dados pessoais. Alguns órgãos da União Europeia promoveram diversas divulgações quanto a estas questões, entretanto, ainda persistem dúvidas.

A utilização de “bluetooth” também pode ser considerada como um risco, posto que aeroportos e supermercados, por exemplo, utilizam esta tecnologia por outras razões, como controle dos consumidores dentro de estabelecimentos comerciais (por exemplo, quanto tempo um cliente permanece em uma loja e as preferências comerciais de potenciais clientes). Além disto, o “bluetooth” possui vulnerabilidades, podendo sofrer ataques informáticos se as atualizações de segurança não forem realizadas. Finalmente, mas não menos importante, o “bluetooth” permite reconstruir a movimentação do usuário, sendo possível conhecer informações pessoais, como endereço do local de trabalho e de outros lugares mais frequentados por ele.

Com relação aos aplicativos que calculam o distanciamento social, como o “Sodar” da Google, geralmente é necessário que o utilizador autorize que o app tenha acesso à câmera do “smartphone”, o que pode violar os direitos à privacidade e à proteção de dados. O Google afirma que tais imagens somente serão visíveis à pessoa que está utilizando o aplicativo. Contudo, ao utilizar o app o usuário pode captar imagem de terceiros em ambientes privados e semipúblicos, como a área interna de um condomínio e o hall de entrada de um apartamento.

Por fim, não podemos assegurar que ao final da pandemia os aplicativos serão desativados ou desinstalados por parte dos desenvolvedores e/ou Estados, bem como que os dados gerados, recolhidos e armazenados sejam efetivamente apagados de todas e quaisquer bases de dados e não sejam mais tratados, o que pode contribuir para a vigilância dos indivíduos por parte dos governos e de terceiros, como os desenvolvedores de aplicativos e os “hackers”.

---

novo coronavírus e se recuperaram podem permanecer com problemas e sequelas passageiras ou não, como pulmonares, renais, oftalmológicos e/ou cardíacos.

## Conclusão

O aumento da aplicação de testes na população, o uso de máscaras de proteção e a adoção do distanciamento social não estão sendo suficientes para o controle do COVID-19, tendo governos e empresas privadas incentivado o uso de tecnologia de “contact-tracing” objetivando assegurar um maior distanciamento social em caso de suspeita de contágio e obtenção de dados para desenvolvimento de políticas públicas mais assertivas.

Apesar da preocupação com a extensão e duração da vigilância estatal com relação à privacidade individual, é questionável se o risco de não rastrear os contatos dos cidadãos não seria maior e poderia se sobrepor àquele. Uma solução que pode permitir o rastreamento de dados, com menor invasão de privacidade é a adoção da arquitetura descentralizada pelos aplicativos de “contact-tracing”, que já está sendo utilizada em alguns países, evitando assim que os dados fiquem armazenados em um servidor de terceiro. O uso da tecnologia “bluetooth” também pode ser menos invasiva do que o geolocalização.

No momento o modelo ideal de rastreamento de contatos é a adoção de sistemas interoperativos, que possibilitem que um maior número de pessoas possam estar conectadas e serem notificadas caso tenham contato com um indivíduo que tenha sido contaminado com SARS-Cov-2. A preocupação maior com a adoção deste modelo é da União Europeia e de alguns dos seus Estados-Membros, como a Itália.

Mesmo que os dados pessoais sejam coletados e tratados objetivando o rastreamento da população durante a pandemia, é essencial que sejam asseguradas a minimização, a transparência e a segurança da informação, bem como evitada a vigilância massiva e desmedida.

## Referências

AGÊNCIA LUSA. Uso de “apps” no combate á pandemia é conciliável com privacidade. In: **Observador**, 25 de Mai. 2020. Disponível em: <<https://observador.pt/2020/05/25/uso-de-apps-no-combate-a-pandemia-e-conciliavel-com-privacidade/>>. Acesso em: 31 Mai. 2020.

ARAGÃO, Alexandra. **Questões éticas-jurídicas ao uso de apps geradoras de dados de mobilidade para vigilância epidemiológica da Covid-19. Uma perspectiva Europeia**. Disponível em: <<https://www.uc.pt/covid19/documentos/artigoalexandraaragao>>. Acesso em: 31 Mai. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória 954, de 17 de abril de 2020**. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm)>. Acesso em: 09 Abr.



2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6389/2020**. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, 07 de maio de 2020.

COMMISSION NATIONALE INFORMATIQUE & LIBERTÉS. **Délibération n° 2020-056 du 25 mai 2020 portant avis sur un projet de décret relatif à l'application mobile dénommée « StopCovid »** (demande d'avis n° 20008032), 25 Abr. 2020. Disponível em: <<https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/deliberation-2020-056-25-mai-2020-avis-projet-decret-application-stopcovid.pdf>>. Acesso em: 30 Mai. 2020.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO. **Data Protection and Privacy Legislation Worldwide**. Disponível em: <[https://unctad.org/en/Pages/DTL/STL\\_and\\_ICTs/ICT4D-Legislation/eCom-Data-Protection-Laws.aspx](https://unctad.org/en/Pages/DTL/STL_and_ICTs/ICT4D-Legislation/eCom-Data-Protection-Laws.aspx)>. Acesso em: 26 Mai. 2020.

FRANÇA. **Application TousAntiCovid**. Disponível em: <<https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus/tousanticovid>>. Acesso em: 23 Nov. 2020.

GOOGLE. **Notificações de Exposição**: utilizar a tecnologia para ajudar as autoridades de saúde pública a combater a COVID-19. Disponível em: <<https://www.google.com/covid19/exposurenotifications/>>. Acesso em: 22 Nov. 2020.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Russia - Intrusive Tracking App Wrongly Fines Muscovites**: Many Fined Despite Staying Home, 21 Mai. 2020. Disponível em: <<https://www.hrw.org/news/2020/05/22/russia-intrusive-tracking-app-wrongly-fines-muscovites>>. Acesso em: 31 Mai. 2020

INLOCO. **Tome decisões de negócio com dados de localização**. Disponível em: <<https://www.inloco.com.br/>>. Acesso em: 23 Nov. 2020.

INTERLAB. **COVID-19: Apps do governo e seus riscos à privacidade**, 30 de Abril de 2020. Disponível em <<https://www.internetlab.org.br/pt/privacidade-e-vigilancia/covid-19-apps-do-governo-e-seus-riscos/>>. Acesso em: 29 Mai. 2020

MAIS TECNOLOGIA. **Google lançou um aplicativo experimental de distanciamento social com realidade aumentada**, 30 de Maio de 2020. Disponível em: <<https://www.maistecnologia.com/google-lancou-um-aplicativo-experimental-de-distanciamento-social-com-realidade-aumentada/>>. Acesso em: 23. Nov. 2020.

MENDES, Laura Schertel. **Um direito fundamental para o século 21**: Decisão do Supremo acerta ao defender a proteção de dados pessoais. In: Folha de São Paulo – Opinião, 11 Abr. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE DA ITÁLIA. **Immuni**. Disponível em: <<https://www.immuni.italia.it/>>. Acesso em: 23 Nov. 2020.

NORTON ROSE FULBRIGHT. **Contact tracing apps**: A new world for data privacy, Outubro 2020. Disponível em: <<https://www.nortonrosefulbright.com/>>. Acesso em: 22 Out. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **What is contact tracing and why is it important?**. Disponível em: <<https://www.who.int/news-room/q-a-detail/>>

contact-tracing>. Acesso em: 09 Abr. 2020.

PORTUGAL. **StayAwayCOVID**. Disponível em: <<https://stayawaycovid.pt>>. Acesso em: 20 Nov. 2020.

REINO UNIDO. **The NHS App**. Disponível em: <<https://www.nhs.uk/using-the-nhs/nhs-services/the-nhs-app/>>. Acesso em: 19 Nov. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, 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 e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) (Texto relevante para efeitos do EEE). Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>>. Acesso em: 25 Mai. 2020.

# A ÉTICA NA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E NO DIREITO

**Mateus Sant' Ana**

Advogado e mestrando da Universidade Nove de Julho - São Paulo

## **Resumo:**

O presente trabalho tem por objetivo buscar referenciais internacionais relacionados à ética na inteligência artificial e nos respectivos instrumentos jurídicos internacionais. Procura-se analisar os fatos e os fundamentos, que estabelecem os princípios para um desenvolvimento de Inteligência Artificial confiável, que respeite direitos humanos e valores democráticos. Devido ao fato de que o avanço da aplicação da Inteligência Artificial no poder judiciário 4.0, com o desenvolvimento de *machine learning*, e demais técnicas, decidiu-se analisar os multirreferenciais internacionais para orientar a adequada aplicação da Inteligência Artificial no Direito Brasileiro. Para realizar o trabalho, utilizou-se pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e normas nacionais e internacionais.

**Palavras-chave:** Inteligência Artificial; Ética; Direito.

## **Introdução**

No Congresso Estadual da Magistratura de Santa Catarina, realizado em setembro de 2019, na cidade de Florianópolis (SC - BR), na palestra do ministro ex-presidente do STF Dias Toffoli, debatendo o tema do avanço tecnológico na magistratura e o caso Victor, despertou e aguçou a sede de conhecimento deste pesquisador na realização da presente pesquisa envolvendo a ética na Inteligência Artificial e no direito.

Diante da elevada pertinência do tema, surgem algumas indagações, se não vejamos: Quais são os casos de uso atual da lei habilitada para IA como serviço? Como o uso da IA pode melhorar o acesso a serviços jurídicos? Quais os referenciais éticos para a aplicação da IA no Direito?

Assim, se busca demonstrar nesta pesquisa uma maior compreensão dos diferentes referenciais éticos para a aplicação da IA no Direito de diversos países como o, Brasil e União Europeia enfrentam o tema.

Pois a inobservância de um referencial ético pode ser muito preocupante, pois há uma ligação forte entre a Inteligência Artificial e a sociedade da vigilância, o que é extremamente alarmante.

A partir desta nova era tecnológica necessita ser analisada sobre os aspectos transdisciplinar do Direito perpassando pelo direito processual civil, direito civil, constitucional e suas demais correlações no âmbito de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico.

## Ética em IA para a União Europeia

A Inteligência Artificial (IA), está transformando o processo de tomada de decisões, pois tem a capacidade concreta de tomar decisões melhores tanto no aspecto quantitativo como também no aspecto qualificativo no que tange a eficiência, celeridade.

O tema IA e ética é muito abrangente, entretanto podemos traçar um paradigma para delinear um melhor nível de aplicação a IA através de referenciais multilaterais que buscam a relevância para que os sistemas de IA sejam viáveis e sustentáveis no ordenamento jurídico analisando visões gerais da União Europeia, canadense, e o Brasil a respeito da aplicabilidade da IA e o Direito nos respectivos ordenamentos jurídicos.

Em outubro de 2018, na cidade de Bruxelas, na Bélgica, ocorreu a International Conference of data protection, onde conjuntamente foi criada a Declaration on Ethics and Protection in Artificial Intelligence, que apresenta diretrizes relevantes no que tange a aplicação da ética em IA.

O Parlamento Europeu tem discutido sobre a temática de ética no contexto da IA. Em um texto<sup>1</sup>, há o reconhecimento da importância das diretrizes éticas (igualmente publicadas em 2019) e os impactos gerados pela tecnologia da IA na sociedade europeia. No documento do final de 2019 se reforça a ideia motriz da UE em fazer uma abordagem da IA por uma visão antropocêntrica.

Ou seja, o parlamento europeu se preocupa por uma aplicação da IA que respeite os valores e princípios europeus.

Dentre as preocupações, o Legislativo criou comissões para que técnicos, assessores, e deputados possam de forma interdisciplinar elaborar políticas na União Europeia.

Segundo<sup>2</sup> a UE adotou uma abordagem ‘centrada no homem’ para a IA que respeita os valores e princípios europeus. Como parte dessa abordagem, a UE publicou suas diretrizes sobre ética na IA em abril de 2019, e a Presidente eleita da Comissão Europeia, Ursula von der Leyen, anunciou que a Comissão apresentará em breve novas propostas legislativas para uma abordagem europeia coordenada do implicações humanas e éticas da IA.

Neste contexto, o parlamento europeu tem como objetivo lançar alguma luz sobre as regras éticas que agora são recomendadas ao projetar, de-

1 Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/640163/EPRS\\_BRI\(2019\)640163\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/640163/EPRS_BRI(2019)640163_EN.pdf). Acesso em: 13 de julho de 2020

2 [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/pt/document.html?reference=EPRS\\_BRI%282019%29640163](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/pt/document.html?reference=EPRS_BRI%282019%29640163) acesso em: 13 de agosto de 2020

envolver, implantar, implementar ou usar produtos e serviços de IA na UE. Além disso, identifica alguns desafios de implementação e apresenta possíveis ações adicionais da UE, que vão desde orientações de soft law a padronização até legislação no campo da ética e da IA.

A Comissão de Assuntos Jurídicos com recomendações à Comissão sobre o quadro de aspectos éticos da inteligência artificial, robótica e tecnologias relacionadas, opinou que<sup>3</sup> a defesa no âmbito da União devem respeitar os princípios universais valores, promovendo a paz, a segurança e o progresso na Europa e no mundo; é de a opinião de que o uso da IA deve se basear em um conjunto comum de princípios éticos segundo o qual o uso deve ser: responsável, equitativo, rastreável, confiável e governável.

E ainda, reconhece que, diferentemente das bases industriais de defesa, inovações críticas da IA podem surgir Estados-Membros, por conseguinte, uma abordagem padronizada da PCSD deve garantir que Estados-Membros e PME de menor dimensão não estão excluídos. Salienta que um conjunto de As capacidades de IA da UE, combinadas com os conceitos operacionais dos Estados-Membros, podem fazer a ponte entre lacunas técnicas que poderiam deixar de fora os estados que não possuem a tecnologia relevante, a indústria experiência ou capacidade de implementar sistemas de IA em seus ministérios da defesa.

E por fim, salienta que, com base na comunicação da Comissão, de 8 de abril de 2019, - Edifício Confie na IA centrada no ser humano -, segundo a qual a tecnologia respeita totalmente os direitos humanos e humanos re-têm autoridade sobre sistemas automatizados de tomada de decisão, enquanto complementar e apoiar a autonomia humana e a tomada de decisões que a União precisa uma estrutura reguladora de IA robusta focada em segurança e defesa, seguindo um caminho de responsabilidade e transparência, de proteger nossos cidadãos e seus dados e de defendendo nossos valores, que suas políticas visam preservar a paz, prevenir conflitos e fortalecer a segurança internacional, aproveitando as oportunidades que esses oferecem tecnologias, além de perceber que os sistemas habilitados para AI serão um elemento-chave desenvolvimentos futuros de defesa e capacidades defensivas;

Por fim, os Estados-Membros da UE e a Comissão tem que se atentarem para garantirem que os algoritmos utilizados na sistemas de defesa, mantendo a confidencialidade necessária, regidos pelo princípio de transparência, incluindo um regime de responsabilidade claro pelos resultados do uso da IA.

## Ética em IA para o Brasil

Estamos mudando rapidamente da era da internet para a “sociedade algorítmica” (Balkin,2017)<sup>4</sup>, que utiliza o uso da tecnologia e organizada com

3 [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/AFET-AD-650401\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/AFET-AD-650401_EN.pdf) acesso em 04 de agosto de 2020.

4 Baldwin, R. (2019). *The Globotics Upheaval: Globalisation, Robotics and the Future of Work*.

base na tomada de decisões sociais e econômicas por meio da IA.

Diante disso, a aplicação da IA no Brasil pode se dar em diversas áreas e formas desde de uma simples compra na internet até as decisões do poder judiciário.

No Brasil foi realizado uma consulta pública sobre Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial do Ministério da Ciência Tecnologia, inovações e comunicações no ano de 2019, endereçada ao público no site participa.br, sendo adotado diversos tópicos de prioridades e objetivos, aplicação ao poder público, segurança pública, e em especial a legislação, regulação e uso ético.

Mas o ponto de partida, e repensar o nosso sistema jurídico para incluir uma terceira previsão a de pessoas artificiais, que segundo (Treleaven & Koshiyama, 2019<sup>5</sup>), pessoas artificiais são uma entidade legal que não é um ser humano, não é uma empresa, mas para fins específicos, pode ser considerada por lei como sujeito de direitos e obrigações.

Assim, em que pese existir um considerável número de normas civis, penais, concorrenciais, consumerista, que podem ser aplicadas aos algoritmos da IA, contudo nos casos concretos, se não houver certeza de quem seria o titular de direitos e obrigação o vínculo jurídico não é estabelecido, ou se arrasta anos em processos de conhecimento para tentar encontrar o responsável pelo ilícito.

É fundamental verificar, certificar e regulamentar os algoritmos, e para isso é necessário regulamentar através da legislação ordinária em consonância com a Constituição Federal.

Para Carr<sup>6</sup>, (2019), o fenômeno crescente da convergência provavelmente tornará incompatíveis as regulamentações setoriais existentes, exigindo formas mais flexíveis e dinâmicas de definir e adaptar políticas domésticas e práticas de coordenação internacional.

O legislativo Federal já iniciou a discussão acerca da regulamentação da IA no Brasil, através projeto de lei nº 5051, de 2019 que estabelece os princípios para o uso da inteligência artificial no brasil e o projeto de lei nº 5691, de 2019 que Institui a Política Nacional de Inteligência Artificial, ambos de autoria do Senador Styvenson Valentim (PODEMOS/RN) .

O projeto de lei nº 5051, de 2019 que estabelece os princípios para o uso da inteligência artificial no Brasil, em especial destaca-se o art.2, senão vejamos

Art. 2o A disciplina do uso da Inteligência Artificial no Brasil tem como fundamento o reconhecimento de que se trata de tecnologia

---

Weidenfeld & Nicolson.

5 Treleaven, P., Barnett, J., & Koshiyama, A. (2019). Algorithms: Law and Regulation. *Computer*, 52(2), 32–40, disponível em <https://doi.org/10.1109/MC.2018.2888774> acessado em 11 de agosto de 2020.

6 Carr, M., Brass, I., & Pothong, K. (2019). *Cybersecurity of the Internet of Things PETRAS Stream Report*. PETRAS IoT Research Hub. disponível em <https://www.petrashub.org/petras-stream-report/> acessado em 11 de agosto de 2020.

desenvolvida para servir as pessoas com a finalidade de melhorar o bem-estar humano em geral, bem como:

I – o respeito à dignidade humana, à liberdade, à democracia e à igualdade;

II – o respeito aos direitos humanos, à pluralidade e à diversidade;

III – a garantia da proteção da privacidade e dos dados pessoais;

IV – a transparência, a confiabilidade e a possibilidade de auditoria dos sistemas;

V – a supervisão humana.

O legislador procurou estabelecer princípios éticos para condução da aplicação nos sistemas de Inteligência Artificial.

E ainda, o artigo polêmico que impõe que os sistemas decisórios baseados com IA, sempre serão auxiliares de tomada de decisão humana, blindando a análise do crivo humano

Art. 4o Os sistemas decisórios baseados em Inteligência Artificial serão, sempre, auxiliares à tomada de decisão humana.

§ 1o A forma de supervisão humana exigida será compatível com o tipo, a gravidade e as implicações da decisão submetida aos sistemas de Inteligência Artificial.

§ 2o A responsabilidade civil por danos decorrentes da utilização de sistemas de Inteligência Artificial será de seu supervisor.

Assim, a fim de dirimir eventuais dúvidas acerca da responsabilidade por danos decorrentes de sistemas de inteligência artificial, o projeto define que a responsabilidade será, sempre, do supervisor humano do sistema.

A proposição estabelece ainda diretrizes específicas para a atuação do Poder Público, entre as quais destaco a criação de políticas específicas para a proteção e para a qualificação dos trabalhadores. Com isso, pretende-se mitigar eventuais efeitos negativos dessa nova tecnologia.

E o por derradeiro, o artigo 6, que buscou a orientar a aplicação de Inteligência Artificial de entes do Poder Público.

Art. 6o As aplicações de Inteligência Artificial de entes do Poder Público buscarão a qualidade e a eficiência dos serviços oferecidos à população.

No que tange o projeto de lei nº 5691, de 2019 que Institui a Política Nacional de Inteligência Artificial, que tem o objetivo de articular esforços e estimular a formação de um ambiente favorável à implantação de um ecossistema tecnológico que incorpore esse novo fator de crescimento.

Impõe no seu artigo 2 os princípios,

Art. 2o São princípios da Política Nacional de Inteligência Artificial:

I - desenvolvimento inclusivo e sustentável;

II - respeito à ética, aos direitos humanos, aos valores democráticos

- e à diversidade;
- III - proteção da privacidade e dos dados pessoais;
- IV - transparência, segurança e confiabilidade.

E no artigo 3, impõe as diretrizes da aplicação da política pública nacional,

- Art. 3o São diretrizes da Política Nacional de Inteligência Artificial:
- I - estabelecimento de padrões éticos para o uso da Inteligência Artificial;
  - II - promoção de crescimento inclusivo e sustentável;
  - III - melhoria da qualidade e da eficiência dos serviços oferecidos à população;
  - IV - estímulo a investimentos públicos e privados em pesquisa e desenvolvimento da Inteligência Artificial;
  - V - promoção da cooperação e interação entre os entes públicos, entre os setores público e privado e entre empresas;
  - VI - desenvolvimento de estratégias para incrementar o intercâmbio de informações e a colaboração entre especialistas e instituições nacionais e estrangeiras;
  - VII - estímulo às atividades de pesquisa e inovação das instituições de Ciência, Tecnologia e de Inovação;
  - VIII - desenvolvimento de mecanismos de fomento à inovação e ao empreendedorismo digital, com incentivos fiscais voltados às empresas que investirem em pesquisa e inovação;
  - IX - capacitação de profissionais da área de tecnologia em Inteligência Artificial;
  - X - valorização do trabalho humano;
  - XI - promoção de uma transição digital justa com a mitigação das consequências adversas da Inteligência Artificial para o mercado de trabalho e para as relações trabalhistas.

E ainda, o presente projeto de lei propõe princípios complementares,

- Art. 4o As soluções de Inteligência Artificial devem:
- I - respeitar a autonomia das pessoas;
  - II - preservar a intimidade e privacidade das pessoas;
  - III - preservar os vínculos de solidariedade entre os povos e as diferentes gerações;
  - IV - ser inteligíveis, justificáveis e acessíveis;
  - V - ser abertas ao escrutínio democrático e permitir o debate e controle por parte da população;
  - VI - ser compatíveis com a manutenção da diversidade social e cultural e não restringir escolhas pessoais de estilo de vida;
  - VII - conter ferramentas de segurança e proteção que permitam a intervenção humana sempre que necessária;
  - VIII - prover decisões rastreáveis e sem viés discriminatório ou preconceituoso;
  - IX - seguir padrões de governança que garantam o contínuo gerenciamento e a mitigação dos riscos potenciais da tecnologia.



No seu artigo 5, menciona os instrumentos da Política Nacional de Inteligência Artificial:

Art. 5o São instrumentos da Política Nacional de Inteligência Artificial:

I - programas transversais elaborados em parceria com órgãos públicos e instituições privadas;

II - fundos setoriais de ciência, tecnologia e inovação;

III - convênios para desenvolvimento de tecnologias sociais.

Ambos os projetos ainda estão em trâmite, podendo sofrer alterações no decurso do processo legislativo, mas indicam um avanço na discussão da aplicação da IA no Brasil.

## Conclusão

Diante das preocupações que assombram o uso inadequado da IA, o desenvolvimento da inteligência artificial apresenta grandes desafios éticos e riscos sociais. De fato, máquinas inteligentes podem restringir as escolhas de indivíduos e grupos, diminuir a qualidade de vida, perturbar a organização do trabalho e do mercado de trabalho, influenciar a vida política, entrar em conflito com os direitos fundamentais, exacerbar desigualdades econômicas e sociais e afetar os ecossistemas, o meio ambiente e o clima.

E diante disso, os países devem seguir os princípios orientadores, para todos os indivíduos possam orientar-se para o uso aplicado de uma IA ética e sustentável.

Destaca-se o princípio da responsabilidade como obrigatoriedade de aplicação ao adequado uso de SIAs que não devem contribuir para a desresponsabilização dos seres humanos quando uma decisão vier a ser tomada.

Somente os seres humanos podem ser responsabilizados por decisões decorrentes de recomendações feitas por SIAs e pelas ações decorrentes delas.

Em todas as áreas onde deva ser tomada uma decisão que afeta a vida, a qualidade de vida ou a reputação de uma pessoa, além de a decisão final deve recair sobre ser humano, deve ser livre e informada.

Em uma visão responsável sobre a tecnologia não se pode sustentar uma visão apenas otimista, que acredita que a tecnologia poderia resolver todas as dificuldades postas ao universo jurídico, tampouco uma visão mítica da IA, centrada na supremacia e frieza da máquina, substituindo a sensibilidade e o senso de justiça humanos.

Uma visão equilibrada da IA para o Direito permitirá percebê-la, primeiramente como estratégica no sentido de geração de benefícios e riquezas, que vai desde a otimização de atividades tipicamente jurídicas até o desenvolvimento de novas habilidades e criação de novos campos de atuação para os profissionais do Direito.

Uma outra visão que observamos da IA para o Direito e refletir sobre as fragilidades e vulnerabilidades, técnicas operacionais ocorridas pelo uso indevido ou equivocado das ferramentas de IA, como por exemplo, segurança cibernéticas.

Assim se faz necessário ampliar a discussão da Ética para o direito a fim de adotar políticas públicas que garantem a manutenção da ordem e paz pública nos limites dos direitos fundamentais.

## Referências

- ALEMANHA. **Nationale KI Strategie** Disponível em: <https://towardsdatascience.com/ai-made-in-germany-the-germanstrategy-for-artificial-intelligence-e86e552b39b6>. Último acesso em 14/1/2020.
- BOSTROM, Nick; YUDKOWSKY, Eliezer. **The Ethics of Artificial Intelligence**. Draft for Cambridge Handbook of Artificial Intelligence, eds. William Ramsey and Keith Frankish (Cambridge University Press, 2011). Disponível em: <https://nickbostrom.com/ethics/artificial-intelligence.pdf>. Último acesso em: 16/11/2020.
- DALY, Angela; HAGENDORFF, Thilo; HUI, Li; MANN; MARDA, Vidushi; WAGNER, Ben; WANG, Wei; WITTEBORN, Saskia. **Artificial Intelligence Governance and Ethics: global perspectives**. 2019. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/1907.03848.pdf>. Último acesso em: 14/1/2020.
- LUCCA, Newton De. **Da ética geral à ética empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2008
- HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; SILVA, Roberta Zumblick Martins. **Inteligência artificial e Direito**. Vol.1. 2019. ed. Alteridade. Curitiba.
- HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; BONAT, Debora. **Machine learning and the general repercussion on Brazilian Supreme Court: applying the Victor robot to legal texts**. Mirel. MIning and REasoning with Legal texts. Jurix. 2019. Madrid.
- HARTMANN PEIXOTO. **Inteligencia Artificial e Direito- Convergência ética e estratégica**. Vol.2. 2019. ed. Alteridade. Curitiba.
- HUBBARD, F. Patrick. **Sophisticated Robots: Balancing Liability, Regulation, and Innovation**. Disponível em: [https://scholarcommons.sc.edu/law\\_facpub](https://scholarcommons.sc.edu/law_facpub). Último acesso em: 26/1/2020.
- MADIEGA, TAMBIAAMA. **EU guidelines on ethics in artificial intelligence: Context and implementation**. 2019. European Parliament. Disponível em [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/640163/EPRS\\_BRI\(2019\)640163\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/640163/EPRS_BRI(2019)640163_EN.pdf). Último acesso em: 20/2/2020.
- UNIÃO EUROPÉIA. Carpegiani Research Intitute. **Why addressing ethical questions in AI will benefit organization. Organizations must adopt ethics in AI to win the public's trust and loyalty**. Disponível em: <https://www.capgemini.com/research/why-addressing-ethical-questions-in-ai-will-benefitorganizations/>. Último acesso em: 2/2/2020.

UNIÃO EUROPEIA. 40th International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners. **Declaration on Ethics and Protection in Artificial Intelligence**. Disponível em: [https:// edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/icdppc-40th\\_aideclaration\\_adopted\\_en\\_0.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/icdppc-40th_aideclaration_adopted_en_0.pdf). Último acesso em: 2/2/2020.

UNIÃO EUROPEIA. **EU guidelines on ethics in artificial intelligence: Context and implementation**. Disponível em [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/640163/ EPRS\\_BRI \(2019\)640163\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/640163/ EPRS_BRI (2019)640163_EN.pdf). Acesso em: 13 de janeiro de 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Ethics guidelines for trustworthy AI**. 2019. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Último acesso em: 13 de janeiro de 2020.

YAPO, Adrienne; WEISS, Joseph. **Ethical Implications of Bias in Machine Learning. Proceedings of the 51st Hawaii International Conference on System Sciences. 2018**. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/143481503.pdf>. Último acesso em: 24/2/2020. URI: <http://hdl.handle.net/10125/50557> P. 5365-5372.

# LOS DERECHOS HUMANOS Y LA ALGORITIMIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: JUSTICIA PREDICTIVA Y SOCIEDAD 4.0

Paulo Ramón Suárez Xavier

Doctorando en Derecho por la Universidad de Málaga

## Resumen:

El presente artículo tiene por objetivo analizar el nuevo escenario en el que se insertan los Derechos Humanos frente al fenómeno de la algoritmización de la justicia o Justicia 4.0, con la finalidad de comprender si la actual regulación de las nuevas tecnologías es suficiente para garantizar el respeto hacia los Derechos Humanos, o si es indispensable la adopción de un nuevo sistema de protección, consagrando nuevas garantías de la dignidad de la persona ante la implantación de las tecnologías disruptivas en la Administración de Justicia.

**Palabras clave:** Administración de Justicia; Inteligencia Artificial; Algoritmo; Derechos Humanos; Smartificación.

## Introducción

La irrupción de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia hoy ya no es tan desconcertante como hace menos de dos décadas. Las constantes modernizaciones y el proceso de digitalización de las Administraciones Públicas y, por ende, de la Administración de Justicia han abierto las puertas para las potencialidades ofrecidas por el fenómeno del *big data*, tanto dentro como fuera de la Administración, resultando en el avance de las perspectivas gerenciales ofrecidas al gestor público.

Además del *big data* y del surgimiento de bases de datos (*data set*) cada vez más amplias, el avance de la capacidad de procesamiento de los ordenadores y el surgimiento del *cloud computing* han democratizado y ampliado tanto las posibilidades de uso de estos datos, cuanto el número de desarrolladores libres y el tráfico de información en la red.

En la Administración de Justicia ha ocurrido algo similar. Proceso que se inicia con la digitalización de la oficina judicial, hasta culminar con las políticas de cero papel y la digitalización de los expedientes judiciales, hecho que tiene repercusiones de distinta índole: ambiental, social, administrativa y jurisdiccional.

Este breve estudio trata del tema desde la perspectiva administrativa de la Administración de Justicia, por lo que analizará los impactos del proceso de digitalización de la Administración de Justicia como posibilitador de la smartificación e implantación de nuevas tecnologías basadas en la inteligencia artificial en la Administración de Justicia y su entorno, resaltando los impactos de dichos cambios en lo que respecta a los Derechos Humanos.

Para ello, iniciaremos por realizar un breve análisis histórico del proceso de digitalización de la Justicia en Brasil, España y Portugal, señalando desde el punto de vista legislativo, el punto inicial del proceso de digitalización.

En el segundo epígrafe, nos dedicaremos a un breve análisis acerca de la distinción entre digitalización y smartificación, aclarando las diferencias entre ambos fenómenos y comprendiendo que impactos una y otra generan en lo que se refiere a la dignidad de la persona, más también apuntando las posibilidades ofrecida por estos cambios disruptivos.

La tercera parte de este breve estudio servirá para que decantemos nuestra opinión, además de nuestra propuesta regulatoria para la implantación de la inteligencia artificial en la Administración de Justicia, especialmente considerando los proyectos en curso y la legislación y normas administrativas ya existentes.

Todo ello con vistas a intentar establecer nuestra contribución en el camino hacia una justicia moderna y acorde con los nuevos tiempos, pero capaz de insertar al ciudadano, la persona como fundamento y fin absoluto del sistema judicial, evitando que la noble finalidad de la función jurisdiccional se pierda en mitad del camino hacia la Justicia 4.0.

## **La Digitalización de la Administración de Justicia**

Inicialmente, cabe destacar que el proceso de digitalización de la Administración de Justicia no puede ni debe ser confundido con el fenómeno de la smartificación del Poder Judicial, ya que se trata de fenómenos absolutamente distintos, aunque íntimamente relacionados. En otras palabras, podemos afirmar que la digitalización es el primer paso para la smartificación, pero no la smartificación misma.

En este sentido, podríamos afirmar que la digitalización se refiere al fenómeno que se manifiesta por el cambio de soporte y/o de ambiente en el que se produce un determinado proceso, desde el medio físico para el medio digital, comportando o no alteraciones procedimentales.

Pongámosle un ejemplo. Una fotografía hasta algunas décadas podría ser obtenida solamente por medio de máquinas de fotografiar analógicas, en las cuales la apertura del obturador por milésimas de segundo permitía la producción de una reacción química en la que el halogenuro de plata generaba imágenes al entrar en contacto con la luz. Dicho proceso, aunque persiste, actualmente se ha visto totalmente popularizado y casi sustituido por las fotografías digitales, obtenidas por medio de aparatos electrónicos de distinta

índole.

Se trata, en este sentido, de un proceso de digitalización, es decir, del traslado de un proceso físico para un proceso digital, que en otras actividades puede ocurrir parcial o totalmente.

En la Administración de Justicia, que es el objeto de nuestro estudio, podemos hablar en digitalización desde dos distintos puntos de vista. El primero, que no es que nos ocupa, se refiere a la digitalización de trámites administrativos relacionados al proceso, como por ejemplo el señalamiento de un juicio por medio de una agenda electrónica, y un segundo aspecto, que nos ocupa se refiere al traslado del proceso y de las actuaciones procesales desde la base física del expediente en papel, hacia la base digital, caracterizada por los expedientes judiciales electrónicos o procesos judiciales electrónicos.

El camino hacia la digitalización de la Justicia empieza fuera de ella, con la digitalización de las Administraciones Públicas, proceso que finalmente se extiende a la Administración de Justicia y, cuyo marco legal puede ser señalado, en España con la Ley n.º 18/2011, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, con la creación del expediente judicial electrónico.

En Brasil, la Ley n.º 11.419, de 2006 ha dispuesto sobre la informatización del proceso judicial, procediendo a alteración de distintos artículos del Código de Proceso Civil y legislación en el correlato, sentando la bases para la completa digitalización de la Justicia Brasileña.

En Portugal, la Ley n.º 41/2013 que aprueba el Código de Proceso Civil en su artículo 132 define la tramitación electrónica de los procesos, admitiendo determinadas excepciones previstas en la Ley.

Lo que debemos tener claro es que el proceso de digitalización no fue lineal, y que la legislación no hubiese determinado la existencia de programas informáticos para la tramitación digital de los expedientes judiciales no implica que no había hasta entonces ordenadores en las oficinas judiciales, sino más bien que inexistía una coordinación central de las TIC's empleadas por los organismos judiciales.

En este sentido, se podría afirmar que el proceso por el cual los gobiernos han avanzado hacia la digitalización desde finales de la década de los noventa ha estado lejos de ser lineal y su implementación no está necesariamente alineada con los discursos académicos y gubernamentales (MIRUSACA, 2019, p. 10).

La digitalización de los procedimientos judiciales no implicó en absoluto en cambios en la noción clásica de proceso, tomada de préstamo de los Romanos desde hace mil quinientos años. El hecho de que el proceso sea configurado y materializado por un expediente digital, en otras palabras, no ha significado más que un cambio de soporte hasta hace muy poco tiempo.

Por un lado, ello se debe al hecho de que las Administraciones de Justicia hasta entonces no tenían más preocupación que la protección de datos personales en la divulgación de las sentencias (aunque en algunos casos ni

eso), y la seguridad, interoperabilidad e integridad de los ficheros obrantes en las bases de datos del Poder Judicial.

Sin embargo, todo cambia con el surgimiento y desarrollo de las nuevas tecnologías de procesamiento e análisis de datos, especialmente la expansión de los modelos conexionistas de inteligencia artificial, basados en *machine learning / deep learning* y la minería de datos, permitiendo la implementación de una serie de tecnologías, que una vez más se van implementando de dentro hacia fuera del Poder Judicial, como verificaremos desde ahora, al analizar las diferencias entre el fenómeno de la smartificación y el de la digitalización.

## **Smartificación, Gobernanza y Justicia transformada**

El proceso de smartificación de la justicia, como hemos dicho, arranca con el proceso de digitalización de la Administración de Justicia, con el surgimiento del llamada administración de justicia electrónica 1.0, que, en ocasiones, es denominada por la doctrina de *e-Government 1.0*, refiriéndose a la Administración en general (SOLER LÓPEZ, 2013, p. 22).

Dicho proceso se inicia a finales de la década de 1990 y principios de la de 2000, cuando muchas investigaciones se centraron en la “administración electrónica”, caracterizada por la disposición de servicios en línea y creación de sitios web gubernamentales y sistemas informáticos en las administraciones públicas. También denominado *e-Government 1.0*: las aplicaciones iniciales de la tecnología *World Wide Web* en el sector público que reemplaza las transacciones en papel.

Con ello, se inicia el proceso de innovación de procesos internos para crear un gobierno que funcione de forma efectiva y eficiente. Para lograr esto, las organizaciones públicas comenzaron a invertir en Tecnologías de la Información y Comunicación, pero el modo de operación de las Administraciones en sí se mantuvo prácticamente igual; sólo cambió el medio, del soporte en papel al soporte digital.

En otras palabras, la administración electrónica 1.0 renovó los procesos introduciendo las nuevas tecnologías como nuevas herramientas, pero los procesos en sí mismos seguían siendo los mismos de siempre.

En este sentido, parte de la doctrina destaca que, en el ámbito de la Administración, conclusión que puede ser extendida para la Administración de Justicia, no obstante se haya procedido a la modernización de *front office*, el *back office* y todas sus necesidades y deficiencias siguieron siendo los mismos (RAMIÓ, 2019, p. 48).

El escenario poco a poco va cambiando, con el surgimiento, a finales de la década del 2000 de la administración electrónica 2.0, también conocida por gobierno abierto o por *e-gobierno*, cuya origen remonta al apareamiento de la *web 2.0*, de las tecnologías colaborativas y con el objetivo de crear una plataforma de código abierto en la que gobierno, ciudadanos y las empresas innovadoras pudiesen interactuar.

El principal logro de estas tecnologías fue permitir el establecimiento de una mayor innovación en el proceso externo, con la gobernanza y la finalidad de aumentar la participación, colaboración y transparencia, aspecto que en la Administración de Justicia se ha traducido en un mayor control de la actividad jurisdiccional y del régimen administrativo de las autoridades judiciales, coincidiendo con la época que en Brasil, por ejemplo, se crea por la Enmienda Constitucional n.º 45/2004 el Consejo Nacional de Justicia, o que en España, se dicta el Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, con diversas previsiones relativas a la gobernanza.

Por otro lado, más recientemente, desde mediados de la década de 2010, se indica en la literatura sobre innovaciones basadas en TIC en el sector público esta cuestión bajo la denominación *eGovernment 3.0*: concebida ahora como la administración “inteligente”, estimulado por innovaciones relacionadas con los datos abiertos y la información masiva, relacionados con la gestión de procesos, internet de las cosas y *blockchain* (MILLARD, 2017, p. 33).

En la actualidad, la doctrina más reciente crea un nuevo concepto, el de administración electrónica 4.0. Contexto en el que se percibe la idea de un ciudadano transformado en partícipe de la vida pública, y que además actúa como su supervisor, dando propulsión a un gobierno que se adapta a las necesidades y expectativas de la ciudadanía, empresas y organizaciones sin fines de lucro, escenario caracterizado por relaciones e interacciones personalizadas, interactivos y de fácil acceso por cualquier persona, o que por lo menos pretenden ser accesibles (MIRUSACA, 2019, p. 11).

Sin embargo, en lo que respecta a la Administración de Justicia, la complejidad impuesta por la legalidad procesal y los principios y garantías establecidos por las leyes procesales y el rigor procedimental exigido por el garantismo, han mermado las expectativas de eficiencia de la modernización de la Administración de Justicia, resultando en el hecho de que el cambio de soporte, con la digitalización y las reformas buscando la celeridad procesal, como por ejemplo el surgimiento del proceso monitorio y el proceso monitorio europeo, no han producido los resultados y la eficiencia esperada.

En este escenario, se ha buscado no solamente la simplificación de los expedientes judiciales, como también la posibilidad de emplear medios para hacer más celeridad la tramitación de los expedientes judiciales, mediante el empleo de la inteligencia artificial, proceso que Carles Ramió denomina de Smartificación.

La Smartificación, según dicho autor, se corresponde con un proceso denominado que se traduce por el uso global, intensivo y sostenible de las nuevas tecnologías en este ámbito de la vida pública, especialmente la inteligencia artificial, lo que demanda no solamente cambios tecnológicos, más también legislativos y de gestión, incorporando criterios de participación y gobernanza, así como la modernización de los procesos internos, del perfil de



los funcionarios públicos y un amplio proceso de remodelado de la Administración (RAMIÓ, 2019, p. 13).

La lógica rompedora adoptada por el autor, se traduce por una serie de cambios que van de encuentro a las bases de la lógica de organización del servicio público, especialmente considerando el conservadorismo y la inmovilidad que caracteriza la Administración de Justicia, lo que eventualmente justifica la dualidad adoptada por muchos ordenamientos, como es el caso del español, a la hora de definir competencias en la gestión de la Administración de Justicia, que es desempeñada por el Consejo General del Poder Judicial y por el Ministerio de Justicia, al igual que ocurre con ciertos matices en Brasil y Portugal.

Parece que la smartificación conduce al reconocimiento directo de otras formas de resolución de conflictos, con la identificación de los métodos adecuados de resolución de disputas (ADR) y los métodos de resolución de disputas en línea (ODR), pero también reclama la implantación de un perfil más gerencial a la hora de implementar políticas públicas en materia de gestión del servicio público de justicia, con la implementación de herramientas que permitan al usuario del servicio, el justiciable, comprender de forma clara y efectiva los caminos y posibilidades que el sistema judicial le presenta.

En este sentido, parece que el proceso de smartificación culmina con la tendencia expresada por parte de la doctrina (BARONA VILAR, 2018, p. 27), de retomada de la justicia por los particulares, por medio de los métodos alternativos de resolución de conflictos, que, sin ánimo de redundancia, son alternativos al Poder Judicial (ADR y ODR), permitiendo un ecosistema de justicia mucho más equilibrado, y en el que vislumbramos que los sistemas de justicia predictiva van a desarrollar un papel fundamental.

En este sentido, parece que la “Justicia Transformada” o “Justicia 4.0”, depende de la adopción de una serie de cambios que ya se anuncian o bien ya se encuentran en marcha. El principal y quizás más controvertido de ellos es la implantación de robots en la Administración de Justicia, providencia adoptada por Brasil desde 2018, con la iniciativa y creación de “Victor”, iniciada con el “Termo de Execução Descentralizada n.º 1/2018”, entre el Supremo Tribunal Federal y la Universidad de Brasilia, empleando la tecnología del *machine learning* para la predicción y clasificación de expedientes.

También en Argentina se apunta a la utilización de la IA en entornos judiciales con la utilización del sistema inteligente “Prometea” por la fiscalía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que auxilia en la toma de decisión y a la vez emplea las tecnologías de revisión asistida por tecnología (TAR).

En el contexto europeo, Estonia se destaca por la puesta en marcha de diversas soluciones que emplean inteligencia artificial y e-gobierno, incluyendo el desarrollo de una inteligencia artificial para sustituir la actividad judicial en juicios de menor cuantía y una IA especializada en el apoyo a la actividad legislativa, de nombre Hans.

En este sentido, no queda duda de que el proceso de modernización de

la Administración de Justicia en los distintos países se va desarrollando a una velocidad cada vez mayor, pero también se destaca la desregulación asumida de forma clara por las autoridades tanto del Poder Ejecutivo como del Judicial, aplicando dichas tecnologías por veces sin el soporte legal para ello, lo que puede conducir a graves ofensas a Derechos Fundamentales de los justiciables.

Tomando como ejemplo el sistema “Victor” del Supremo Tribunal Federal, verificamos que todo el proceso se ha desarrollado sin que hubiese cualquier alteración legal e incluso la reciente Resolución n.º 332 de 2020 del Consejo Nacional de Justicia de Brasil, de 21 de agosto de 2020, siquiera se aplica al Supremo Tribunal Federal, conforme estipula el artículo 103-B, §4º, II da Constitución Brasileña, lo que implica que hoy por hoy no hay ninguna norma que regule su funcionamiento, ni tampoco los derechos de los justiciables, eventualmente el derecho a no tratar con una IA, actualmente discutido por la doctrina.

En este sentido, verificamos que, si bien es verdad que el proceso de smartificación como paso siguiente al de digitalización de la Administración de Justicia puede llegar a ofrecer un enorme potencial en la prestación del servicio público de justicia, también es verdad que el proceso de smartificación debe ocurrir dentro de los límites de la legalidad administrativa, lo que implica que la Administración, y también lo es la Administración de Justicia, está limitada a la adopción de las medidas que le autorice la ley, lo que no parece ser el caso.

Cabe pues, diferenciar el uso experimental de dichas tecnologías, con la imposición de su uso por los órganos de Gobierno del Poder Judicial o mismo por la Administración Pública, ya que la ciudadanía no puede estar sometida al riesgo de no tener respetados sus Derechos Fundamentales en procedimientos y técnicas cuya eficacia y resultado siquiera se han comprobado, pero que cuyos efectos negativos ya fueron experimentados.

Basta, para tanto, mencionar los sesgos discriminatorios expuestos por el sistema COMPASS en la emisión de dictámenes periciales, generando sesgos discriminatorios frente la población negra y pobre de E.E.U.U., hecho que puede ser repetido por cualquiera de los sistemas citados y que puede tener graves repercusiones.

Así, cabe cuestionar cuál es el método de regulación más adecuado para la implantación de sistemas basados en inteligencia artificial en la Administración de Justicia, aspecto que nos ocupa en las siguientes líneas de este trabajo.

## **La regulación de la IA en la Administración de Justicia y su entorno como elemento indispensable de garantía de los Derechos Humanos**

Hasta este punto de este breve trabajo hemos podido llegar a algunas conclusiones preliminares. Primero, que el proceso de smartificación es una

conclusión directa de la digitalización de la Administración de Justicia; segundo, que, en la búsqueda de la mejora de este servicio público prestado por los juzgados y tribunales, se están implementando una serie de iniciativas y proyectos que emplean la IA, con el objetivo de mejorar el desempeño y la calidad de estos servicios.

Sin embargo, al igual que ha ocurrido con el proceso de digitalización, el proceso de smartificación de la Administración de Justicia también demanda una actuación conforme a derecho, lo que implica que los órganos de Gobierno del Poder Judicial no pueden, por su cuenta y riesgo, sin detenerse al diálogo con la ciudadanía, los demás poderes e instituciones, imponer un modelo de aplicación de estas tecnologías, desconsiderando la doble incidencia del principio de legalidad sobre la Administración de Justicia, desde la esfera procesal, pero también como Administración Pública, en el ejercicio de las potestades administrativas que le corresponden.

Surgen, en este sentido, una serie de propuestas regulatorias que se revelan en los distintos países y comunidades internacionales, la más importante, por la exhaustividad, pero también por su vanguardismo es la Carta Ética Europea para el Uso de la Inteligencia Artificial en los Sistemas Judiciales y de su Entorno, de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia – CEPEJ, aprobada en la 31ª sesión plenaria del CEPEJ de 3 y 4 de diciembre de 2018.

Por otro lado, e ya nos hemos referido a ello con antelación, muy recientemente en Brasil se ha reglamentado por el Consejo Nacional de Justicia - CNJ, la ética, la transparencia y la gobernanza en la producción y empleo de la Inteligencia Artificial en el Poder Judicial, por medio de la Resolución n.º 332/2020, de 21 de agosto.

Menos reciente es Directiva canadiense sobre la toma de decisiones automatizada en el Gobierno, vigente desde 01 de abril de 2019, y presenta como su objetivo principal garantizar que los sistemas de decisión automatizados se implementen de manera que se reduzcan los riesgos para los canadienses y las instituciones federales y conduzcan a decisiones más eficientes, precisas, coherentes e interpretables que se tomen de conformidad con la ley canadiense.

Todos estos documentos tienen en común la completa ausencia de valor jurídico a ser invocado por los justiciables en el ejercicio de sus Derechos Fundamentales y tampoco consolidan medios de impugnación para las actuaciones llevadas a cabo por dichas tecnologías por medio de cualquier procedimiento especial.

Además, no nos parece que el desarrollo de materias que se relacionan de forma tan íntima con el ejercicio de Derechos Fundamentales pueda ser regulada por medio de reglamentos administrativos, especialmente considerando que la competencia reglamentaria de los órganos de Gobierno y control del Gobierno del Poder Judicial deben estar restringidas a aspectos relacionados a su funcionamiento interno.

Cabe, en este sentido, cuestionar cual sería la forma de regulación del

empleo de la IA por los sistemas judiciales, considerando las peculiaridades del sistema del *civil law*, ya que la mayoría de los estudios realizados sobre este tema peligrosamente ignoran las considerables distinciones que nuestros sistema de origen romanística guardan con los sistemas germánicos, por lo que consideramos que un sistema de regulación ética no es adecuado a un sistema de garantías legales y basadas en el Derecho Positivo empleada en la defensa de los Derechos Humanos en nuestro sistema.

Por otro lado, cabe destacar que también el valor seguridad jurídica en el empleo de estas tecnologías goza de un valor distinto según el ordenamiento jurídico al cual nos estemos refiriendo. Para el Derecho anglosajón, la seguridad jurídica reside en la confianza en que casos iguales se resuelven de la misma forma, de ahí porque la importancia destacada en estos pueblos de la transparencia y actualmente del empleo de la jurimetría y el estudio estadístico de las normas defendidas por LEE LOEVINGER (1949, p. 2), actualmente también defendida por algunos de los defensores de la jurimetría en una de sus corrientes (VIOLA, 2018, p. 167).

En los sistemas de tradición romanística, la seguridad jurídica adviene de la legalidad, de la seguridad de que todos los casos serán resueltos conforme la ley, lo que reduce la importancia de la casuística y amplía la necesidad de una regulación legal, lo que entendemos que por si mismo ya debiese implicar un rechazo a la regulación ética pretendida por estas cartas sin ningún valor jurídico.

Además, la multiplicación de estos sistemas meramente declarativos, como el borrador de la Carta de Derechos Digitales que actualmente se encuentra en procedimiento de consulta pública solamente amplía el vacío normativo, la laguna que desde nuestra opinión reclama una regulación legal y supra legal en el empleo de la IA en la Administración de Justicia y su entorno.

Como bien defiende ANDRÉS DE LA OLIVA (2019, p. 3), cabe retornar a lo básico y comprender que toda y cualquier actuación en este sentido, al igual que ha ocurrido con el fenómeno de la digitalización, debe estar regulado de manera objetiva y según las categorías jurídicas a las cuales se haga referencia.

En este sentido, nos parece más que claro que en se tratando del desarrollo de Derechos Fundamentales relacionados con la aplicación de la IA, lo correcto, en España, sería que su desarrollo fuese realizado por medio de una Ley Orgánica, mientras que los aspectos procesales del empleo de la IA, incluido su empleo, debe estar regulado por Ley y eventualmente desarrollado por reglamentos, como es el caso, en España, de la reutilización de sentencias Judiciales, cuya previsión de la competencia reglamentaria para su realización se encuentra prevista en el artículo 560, 1, 16º, e) de la Ley Orgánica 6/1985, del Consejo General del Poder Judicial.

En conclusión, defendemos que no basta con implantar la IA en la Administración de Justicia de forma solipsista y prescindiendo totalmente del diálogo social y político, como está ocurriendo en la mayoría de los países. La

justicia no es un fin en si misma y la tecnología no puede ser empleada para suplir, sin más, la incapacidad del Estado para gestionar las demandas de ciudadanía, por lo que se manifiesta la exigencia imprescindible del cumplimiento de todas las etapas legales y administrativas de este que no es un proceso simple, ni mucho menos ineludible.

## Conclusiones

1. En este breve trabajo, hemos intentado exponer de forma simplificada los cambios que se imponen ante las hodiernas Administraciones de Justicia, que se ven sumergidas en la misma ola de deslegitimación que afecta al resto de Poderes del Estado, además del Judicial, al cual se imputa una gestión ineficiente del servicio público de justicia y frente al qué se demandan más reformas.

2. Todo ello, ha impulsado propuestas de modernización *express*, que parecen desconsiderar aspectos fundamentales de la actividad administrativa, como la limitación por el principio de legalidad y la necesidad del dialogo público, poniendo en marcha proyectos que emplean inteligencia artificial en la Administración de Justicia, apoyando o sustituyendo las decisiones judiciales y que eventualmente pueden generar ofensas a los Derechos Fundamentales de los justiciables, tales como el Derecho a la Igualdad, el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Derecho a la Dignidad de la Persona.

3. Parece que ansiando solucionar un problema, el Poder Judicial puede encontrarse con muchos otros por el camino, lo que demanda una actuación conforme a la Ley, respetando todas las etapas del proceso necesario para la implantación de estas tecnologías e, finalmente, la necesidad de una base legal y reglamentaria para ello, mas allá de normas éticas o cartas meramente declarativas.

4. En este sentido, y a modo de conclusión de este estudio, que busca apuntar hacia un camino de respeto a los Derechos Fundamentales de los Justiciables, cabe una regulación de la IA por ámbitos de aplicación, primero considerando la necesidad de una regulación y desarrollo normativo en lo que se refiere a los Derechos Fundamentales en ley orgánica y, en lo que se refiere a las normas procesales, observando a la necesidad de una regulación por las distintas leyes de procedimiento, además de la imprescindible regulación a nivel reglamentario, especialmente en materia de reutilización de sentencias judiciales.

## Referencias

BARONA VILAR, Silvia. **Nociones y principios de las ADR**. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2018.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. “Justicia Predictiva, Interpretación Matemática de las Normas, Sentencias Robóticas y la Vieja Historia del Justizklavier.” **El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho**, n. 80, 2019.

ESTEVEZ, Elsa. **Prometea: Transformando la Administración de Justicia con Inteligencia Artificial**. Ed. Banco Interamericano de Desarrollo. Buenos Aires, 2020.

LOEVINGER, Lee. “Jurimetrics, the next step forward”. **Minn. Law Review** 455, 1949.

MILLARD, Jeremy. **Government 3.0 – Next Generation Government Technology Infrastructure and Services: Roadmaps, Enabling Technologies & Challenges (Public Administration and Information Technology)**. Ed. Springer. Zurich, 2017.

MIRUSACA, Gianluca. “Exploring Digital Government transformation in the EU. Analysis of the state of the art and review of literature”. **JCR Science for Policy Report**. Luxemburgo, 2019.

RAMIÓ, Carles. **Inteligencia Artificial y Administración Pública: Robots y Humanos Compartiendo el Servicio Público**. Ed. Catarata, Madrid, 2019.

SOLER LÓPEZ, María del Carmen. **Calidad y Rendimiento de Sitios Web de E-Government. Aplicación a la Administración Local**. Tesis Doctoral. Universidad de Murcia, 2013.

VIOLA, Luigi. **Interpretazione della Legge con Modelli Matematici. Processo, a.d.r., giustizia predictiva**. Vol. I. Ed. Diritto Avanzato. Milán, 2018.

# ÉTICA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

## Marilia Ostini Ayello Alves de Lima

Advogada. Associada Fundadora e Pesquisadora do IAPD - Instituto Avançado de Proteção de Dados. Integrante dos Grupos de Pesquisa “Observatório do Marco Civil da Internet no Brasil” e “Tutela jurídica dos dados pessoais na internet”, ambos da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - FDRP-USP. Pós-graduada LLM em Direito Civil pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - FDRP-USP. Extensão universitária na modalidade Difusão: Direito e Internet, ministrado pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - FDRP-USP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Araraquara – UNIARA. Professora universitária. Membro da Comissão de Direito Digital, Internet e Tecnologia da 12ª Subseção da OAB/SP

## Rafael Barioni

Graduado em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito de Franca, Gestão Financeira e Ciências Contábeis pelo Centro Universitário Moura Lacerda de Ribeirão Preto, Pós-graduando em Jurimetria aplicada ao Direito pela Unyleya de Brasília, Sócio do Grupo Sanchez e Sanchez, composto pelas Empresas: Sanchez e Sanchez Sociedade de Advogados e Sanchez e Sanchez Crédito e Cobrança. Presidente da Comissão de Direito Digital, Internet e Tecnologia Jurídica da OAB/RP, Membro da Comissão de Direito Digital da OAB/SP, Representante local da Associação Brasileira de LawTechs e LegalTechs. Colunista do Portal AdvJus

## Resumo:

Vivemos em um cenário baseado na estreita relação entre seres humanos, objetos físicos, algoritmos, *Big Data*, Inteligência Artificial, entre outros elementos. Diariamente é produzida uma gigantesca quantidade de dados que circulam pela internet, sendo cada vez maior a quantidade de informações que são inseridas, não apenas por pessoas, mas também por algoritmos e coisas, que são dotados de Inteligência Artificial, que trocam dados entre si, gerando um ambiente cada vez mais automatizado. No atual contexto da Web 3.0, em que as máquinas interagem com os seres humanos e alimentam as plataformas com conteúdo, devemos fazer uma análise sob o viés da ética na utilização de dados e dos algoritmos.

**Palavras-chave:** Inteligência Artificial; Ética; Algoritmo; Internet das coisas.

## Inovações tecnológicas

As relações entre os indivíduos mudaram ao longo dos séculos com o avanço das tecnologias, provocando mudanças significativas na forma de agir, pensar e de se relacionar.

Ricardo Luís Lorenzetti, em sua obra, apresenta como uma característica atual a aceleração do tempo, trazendo dados estatístico que provocam a reflexão sobre a evolução das tecnologias, comparando o tempo do descobrimento de uma tecnologia até a sua difusão massiva: “cento e doze anos para a fotografia, cinquenta e seis para o telefone, trinta e cinco para o rádio, quinze para o radar, doze para a televisão, cinco para o transistor, três para o circuito integrado” (LORENZETTI, 2004, p. 32).

Diante de tantas evoluções tecnológicas, Jorge José Lawand traduz de forma brilhante essa evolução na sociedade:

Atualmente, os seres humanos estão vivendo uma revolução de igual magnitude àquela proporcionada à época da descoberta da imprensa e, posteriormente, aos modernos meios de comunicação em massa. A civilização nasceu com a escrita, popularizou-se com a imprensa, homogeneizou-se com a massificação da mídia, e agora está sendo descentralizada, diversificada e democratizada com as comunicações eletrônicas e a tecnologia da informação digital. (LAWAND, 2003, p.4)

Resta evidente que a rápida evolução da tecnologia, com destaque à expansão da internet, provocou intensa revolução social, afetando profundamente todas as estruturas econômicas e repercutindo, inclusive, na esfera privada dos indivíduos. Conforme pontua Gabriel Aleixo Prata:

Ao longo dos últimos 20 anos, a expansão da internet comercial trouxe transformações estruturais na forma como a humanidade se relaciona, especialmente nos aspectos social e comercial. A redução em custos operacionais e a possibilidade de conectar novos mercados de modo mais eficiente foram alguns dos principais fatores que levaram à ascensão e à proeminência de certos modelos de negócio, característicos da economia digital. Dentre eles, destacam-se diversos serviços de intermediação online, que vão do *e-commerce* e dos sistemas de voz-sobre-IP a grandes provedores de conteúdo e processadores digitais de pagamento (ALEIXO, 2015, p. 13).

Atualmente vivemos na Web 3.0, conceito criado pelo jornalista John Markoff, do New York Times, abalizado na evolução do Web 2.0. O conceito da Web 3.0 baseia-se nos conjuntos de dados e objetos interligados, ou seja, objetos interagem com pessoas e com outros objetos, e por isso há uma estreita relação com a Internet das Coisas, em inglês: *Internet of things* - IoT.

Este cenário de hiperconectividade, assim chamado por Eduardo Magrani, está fundamentado na estreita relação entre seres humanos, objetos fí-



sicos, algoritmos, *Big Data*, Inteligência Artificial, entre outros elementos, que vão deixando, cada vez mais, o status de meras promessas para se incorporarem discretamente ao nosso dia a dia.

Estas mudanças profundas na tecnologia e os novos modelos de negócios estão potencializando uma cultura baseada em dados, os quais circulam pela internet, diariamente, e em enorme quantidade, sendo inseridos por pessoas, por algoritmos e coisas.

Como muito bem pontuam Hebert Quadrado e Afonso Rispoli:

Toda essa conectividade e tecnologia têm um preço. Isto porque demanda para o seu funcionamento um ininterrupto fluxo informacional, isto é, quantidades cada vez maiores de dados pessoais que deverão ser coletados, tratados, transferidos e compartilhados, supostamente para célere satisfação dos interesses do usuário. Anote-se que tal prática se perfaz sem que os titulares dos dados ao menos percebam o valor monetário agregado ou potencialmente agregável às aduzidas informações coletadas, muito menos tenham consciência dos perigos decorrentes de potenciais vazamentos ou, ainda, de seu uso/aplicação indevidos (QUADRADO, RISPOLI, 2019, p. 3).

Hoje estamos em um mundo de coisas cada vez mais inteligentes e que se alimentam de dados. Estamos na chamada sociedade informacional, numa economia informacional que transformou os dados pessoais em *commodities*, monetizando-os.

A tecnologia da informação progride incessantemente no sentido de possibilitar formas cada vez mais complexas de processamento eletrônico de dados, o que enseja a discussão a respeito da capacidade, ou não, de o ser humano autodeterminar-se ante às maquinações dos algoritmos que tratam dados pessoais.

## **Inteligência Artificial em nosso cotidiano**

A Inteligência Artificial é um subcampo da informática, que tem como objetivo habilitar o desenvolvimento de computadores que sejam capazes de emular (imitar) a inteligência humana ao realizar determinadas tarefas.

Surgiu também, junto com o conceito de Web 3.0, a *Internet semântica*:

Tim Berners-Lee, o criador da *world wide web*, explica que a Web semântica é um componente da Web 3.0.126. Durante as primeiras eras da internet, todo o conteúdo era gerado para a compreensão de humanos, ou seja, as páginas da Web são facilmente reconhecíveis para nós. Os computadores não possuíam essa habilidade, mas isso está mudando. Com a internet semântica, os dispositivos serão capazes de obter e interpretar as informações fornecidas pelos usuários. Agregando essas informações pessoais, as plataformas poderão individualizar os resultados. Exemplificando, mesmo que duas pessoas façam uma pesquisa utilizando os mesmos termos, os re-

sultados serão diferentes, pois a busca utilizará também o histórico e o contexto de cada indivíduo. A Web 3.0 e a internet semântica se sustentarão nas enormes bases de dados que serão criadas conforme os clientes utilizem as plataformas dotadas com as tecnologias dessa era. (MAGRANI, 2019, p.52)

Resta evidente que a Inteligência Artificial já demonstra grande avanço quanto a emulação da inteligência lógico-racional humana, a qual tende a tornar-se algo superável em pouco tempo.

Neste contexto, de grande expansão e aplicação, verificamos que a Inteligência Artificial também está relacionada à quarta revolução industrial, também chamada de Indústria 4.0, em que fábricas passam a ser totalmente automatizadas, com sensores e dispositivos conectados.

Temos também alguns movimentos, como o *biohackerismo*, que está relacionado às práticas de modificação corporal com finalidades evolutivas, no qual os participantes podem, por exemplo, inserir implantes de imãs nas mãos, interfaces cérebro-computador, roteadores WiFi subcutâneos, sensores corporais que ligam e desligam as luzes de casa, dentre outros.

Ou ainda, os robôs humanoides, como a Sophia, que é incrivelmente realista e que pode percorrer toda a gama de expressões faciais humanas. Para que ela faça contato visual e reconheça as pessoas, foram instaladas câmeras em seus olhos, despertando uma enorme sensação de humanidade. Ela também pode processar a fala e conversar usando a tecnologia de processamento de linguagem natural. É possivelmente uma das invenções mais próximas de um humano que a robótica já desenvolveu, até hoje.

Cada vez mais as empresas investem em produtos com tecnologia avançada, já temos no mercado brinquedos e até bonecas sexuais futuristas, capazes de conversar e rastrear seu companheiro com os olhos, utilizando a Inteligência Artificial.

E de forma mais próxima, em nossa rotina diária, temos as assistentes pessoais nos aparelhos celulares, como por exemplo a Siri, do smartphone da Apple. A Siri pode verificar se o usuário fechou o portão, buscar o filme favorito, fazer ligações, buscar ou escrever mensagens, dentre outras tantas funcionalidades, utilizando a Inteligência Artificial.

As famigeradas redes sociais, como Instagram e Facebook, empregam algoritmos para mapear o perfil de seus usuários, utilizando os seus dados e tecnologias persuasivas para serem viciantes. Os documentários que estão disponíveis na Netflix: “Privacidade Hackeada” e “O dilema das Redes”, expõem a forma como a Inteligência Artificial é utilizada no processamento dos dados pessoais.

Na rede social Twitter, temos o exemplo da criação de um perfil robótico chamado de Tay Tweets, que utilizava Inteligência Artificial, e que foi programado para aprender e evoluir seus métodos de conversação conforme interação com as pessoas. Entretanto, o perfil teve que ser desativado em menos

de 24 horas, pois passou a escrever mensagens com conteúdo nazifascista.

É evidente que a Inteligência Artificial provoca rupturas em diversos setores, mas em especial nos negócios. Recentemente, o pesquisador de Inteligência Artificial, Andrew Ng, afirmou que a Inteligência Artificial “é a nova eletricidade”. Em pouco tempo, começamos a eletrificar o mundo através da revolução da eletricidade, substituindo máquinas a vapor por máquinas que usam eletricidade. Agora, a Inteligência Artificial inicia uma transformação igualmente dramática na sociedade.

Não temos ideia de como estarão a nossa sociedade, as empresas e o mercado de trabalho em pouco anos, mas sabemos que a Inteligência Artificial trará mudanças substanciais e que os avanços tecnológicos só vão aumentar.

## Ética e Inteligência Artificial

Diante de toda a interseção da tecnologia com o cotidiano, devemos analisar se o objetivo da Inteligência Artificial e das outras tecnologias é o de apresentar-se, cada vez mais, como mecanismos/robôs, tais como meros braços mecânicos que substituem as manufaturas, ou algo além, almejando parecer ou mesmo comportar-se como humanos, sendo alimentadas por dados. Assim, faz-se imperiosa a análise de possíveis implicações.

Podemos afirmar também que tecnologias não são neutras e que podem ser usadas, de maneira intencional ou não, para fins racistas, discriminatórios. Como na situação relatada por uma pessoa negra, que ao tentar utilizar uma saboneteira, um aparelho automático cuja ativação ocorre ao colocar a palma da mão embaixo dela, não reconheceu sua mão e não liberou o sabonete. Quando um homem branco foi utilizá-la, funcionou perfeitamente.

Neste cenário quanto mais adaptáveis se tornam os programas de Inteligência Artificial, mais imprevisíveis passam a ser suas ações, trazendo novos riscos. Isso faz com que seja necessário que os desenvolvedores desse tipo de *software* estejam mais atentos às responsabilidades éticas envolvidas nessa atividade. E neste sentido, como pontua Eduardo Magrani, “O Código de Ética da *Association for Computing Machinery* indica que os profissionais da área devem desenvolver “avaliações abrangentes e completas dos sistemas informáticos e seus impactos, inclusive a análise de possíveis riscos” (MAGRANI, 2019, p. 221).

É certo que a ética deveria estar intrínseca a este universo onde o homem encontra-se completamente envolvido pelo espetáculo de suas próprias criações e descobertas, com todos os seus avanços tecnológicos.

A palavra ética é derivada do grego e apresenta uma transliteração de duas grafias distintas, êthos que significa “hábito”, “costumes” e ethos que significa “morada”, “abrigo protetor”.

Devemos compreender o conceito de ética, como a busca pela construção de uma teoria racional das ações humanas, visando identificar as pro-

posições que descrevem as regras de conduta apropriadas para as diferentes situações, conforme Luís Alberto Peluso:

As teorias éticas se constroem dentro de um contexto de justificação; elas existem para oferecer argumentos que demonstrem que determinadas condutas devem ser adotadas pelos agentes. O objetivo dos projetos éticos é encontrar critérios que permitam a consecução do ‘bem’, ou então, da felicidade do ser humano. Com a Ciência se deseja construir um modelo explicativo da realidade que permita captar as suas regularidades e conhecer as consequências que podem decorrer da construção de determinadas condições específicas. O objetivo das teorias científicas é a ‘verdade’. Contudo, supostamente, a ‘verdade’ expressa a forma mais eficiente de se tratar com o mundo. Nesse sentido, a Ciência também possibilita que se prescrevam procedimentos e, ao fazê-lo, se transforma em Tecnologia (PELUSO, 2018, p.10).

A ética é o estudo teórico e específico de ações orientadas por valores morais e suas consequências, já a moral é utilizada para nos referirmos às práticas dos diversos agrupamentos humanos - incluindo os códigos normativos. (OLVEIRA, 2020).

Assim, a ética tem por objetivo determinar as regras de conduta que prescrevem os atos que, por sua vez, traduzem a noção de bem, ou felicidade, no agir humano. Sendo a determinação do bem, conforme Peluso:

uma tarefa que envolve a capacidade cognitiva do ser humano, que aqui se pretende defender que seja a atividade racional. A Ciência tem por objetivo a consecução da verdade, que aqui se pretende conceber como o conhecimento que melhor satisfaz determinadas regras metodológicas identificadas como as regras que apontam um certo tipo de conhecimento racional. A Tecnologia tem por objetivo identificar o procedimento eficiente, que pode ser concebido como o procedimento que é justificado pelo conhecimento científico, isto é, o procedimento que é consentâneo com o conhecimento tido por verdadeiro em um determinado momento e, portanto, expressivo da atividade racional. Há um problema que se põe, entretanto, quando se argumenta que nem sempre o bem, o verdadeiro e o eficaz coincidem.

A responsabilidade moral dos cientistas indica a disposição que eles têm de justificar, de oferecer boas razões para as formas de conduta que efetivamente possuem. Viver eticamente significa viver segundo regras morais justificáveis. Isso não significa que as pessoas que vivem eticamente praticam inevitavelmente o bem. Essa é uma questão de justificação. Praticar o bem significa realizar em suas ações um valor – o bem – que é justificável racionalmente. (PELUSO, 2018, p.11).

Ainda segundo Peluso, não podemos perder a esperança de que os resultados das novas descobertas estarão sempre sob o controle de algumas di-

mensões que consideramos nobres no ser humano e que:

É preciso acreditar que no ser humano, em última instância, além do desejo de conhecer, existe a vontade de ser justo, ou seja, de ter condutas que satisfaçam os critérios de moralidade, ainda que seja particularmente difícil a sua identificação. Portanto, é preciso estar convencido de que a racionalidade humana não é expressa somente na Ciência, mas é principalmente na Ética que ela encontra sua expressão maior. (PELUSO, 2018, p. 13)

Importante trazermos à baila que a Inteligência Artificial é uma representação do contexto cultural, dos valores e da ética que validam as relações humanas, os quais são incorporados às máquinas e, portanto, são passíveis de julgamento.

E sob este olhar, em 28/02/2020, em uma conferência realizada no Vaticano, intitulada de: “O ‘bom’ algoritmo?”, foi assinada uma Carta, intitulada: *Rome Call for AI Ethics*, pela Pontifícia Academia para a Vida, por dirigentes das empresas Microsoft e IBM, e teve a participação do Parlamento Europeu e da FAO. A aludida Carta pede mais ética no desenvolvimento de Inteligência Artificial.

Os signatários foram o presidente da Pontifícia Academia para a Vida, arcebispo Vincenzo Paglia, o presidente da Microsoft Brad Smith e o vice-presidente da IBM, John Kelly III. Participaram, entre outros, o presidente do Parlamento Europeu, David Sassoli e o diretor geral da FAO, Qu Dongyu.

De acordo com o padre Paolo Benanti, professor da Pontifícia Academia da Vida, os algoritmos, “ao simular o que as pessoas fariam, podem escolher quais tratamentos são melhores para um paciente, mas também quais são as pessoas com maior probabilidade de pagar um empréstimo concedido por um banco, assim como encontrar a pessoa com maiores afinidades para um relacionamento afetivo”.

Além disso, vale pontuar que algoritmos podem se ajustar para originar novos algoritmos e novas formas de realizar suas tarefas, de modo que a forma pela qual se chegou ao resultado seria algo difícil de explicar até mesmo para os programadores que o criaram.

E neste sentido, a referida Carta determina que os sistemas de Inteligência Artificial devem ser concebidos, projetados e implementados para servir e proteger os seres humanos e o ambiente em que vivem. Além disso, devem atender a três requisitos para que o avanço tecnológico esteja alinhado com o progresso da raça humana:

*It must include every human being, discriminating against no one; it must have the good of humankind and the good of every human being at its heart; finally, it must be mindful of the complex reality of our ecosystem and be characterised by the way in which it cares for and protects the planet (our “common and shared home”) with a highly sustainable approach, which also includes the use of artificial intelligence in ensuring sustainable food systems in*

*the future. Furthermore, each person must be aware when he or she is interacting with a machine.*

Ainda, a Carta ressalta que o compromisso ético de todas as partes envolvidas é um ponto de partida crucial para tornar este futuro uma realidade, com valores e princípios.

O filósofo e eticista italiano Luciano Floridi recentemente declarou: “Estamos entrando na Era do Design e devemos fazer de tudo para que seja a Era do ‘bom’ design” (FLORIDI, 2016).

E para a reflexão, trazemos um trecho do recente relatório da Unesco, sobre *robotics ethics*:

*The rapid development of highly intelligent autonomous robots, then, is likely to challenge our current classification of beings according to their moral status, in the same or maybe even more profound way as it happened with non-human animals through the animal rights movement.*

*It may even alter the way in which human moral status is currently perceived. Although still resembling futuristic speculations, questions like these should not be dismissed lightly, especially in view of the fact that the “human-machine divide” is gradually disappearing and the likelihood of future appearance of human-machine or animal-machine hybrids or cyborgs (robots integrated with biological organisms or at least containing some biological components). [...] In all of these cases, there seems to be a “shared” or “distributed” responsibility between robot designers, engineers, programmers, manufacturers, investors, sellers and users. None of these agents can be indicated as the ultimate source of action. At the same time, this solution tends to dilute the notion of responsibility altogether: if everybody has a part in the total responsibility, no one is fully responsible. This problem is known as the “problem of the many hands”. [...] Robots may be used for purposes intended by their designers, but they may also be used for a variety of other purposes, especially if their “behaviour” can be “hacked” or “reprogrammed” by their end-users. Robots might have implications far beyond the intentions of their developers. It is impossible for roboticists to predict entirely how their work might affect Society (UNESCO, 2017, p. 47)*

Ponderadas as indagações quanto aos limites éticos de cada novidade, torna-se um desafio constante quando se clama por uma regulamentação de fronteiras tecnológicas e do próprio ciberespaço em que geralmente estão inseridas.

## **Breves considerações sobre a legislação**

Resta evidente que a proteção jurídica dos direitos fundamentais precisa acompanhar as mudanças tecnológicas, do contrário, estarão efetivamente ameaçados. E como sempre, o Direito tenta compreender o mundo para organizar o caos potencial de todas as coisas, quase sempre atrasado em seu intento.

O presidente do Parlamento Europeu, David Sassoli, ao se pronunciar

na conferência *The Good Algorithm Artificial Intelligence: Ethics, Law, Health*, realizada no Vaticano, e que culminou na assinatura da Carta *Rome Call for AI Ethics*, definiu ser “importante que novas fronteiras tecnológicas sejam regulamentadas não apenas pelos Estados, mas também a nível europeu, por meio da elaboração de regras precisas de uso e com a adoção de requisitos comuns na matéria para medir o impacto no respeito pelos direitos fundamentais”.

Ademais, referida Carta determina que a condição fundamental de liberdade e dignidade deve ser protegida e garantida ao produzir e utilizar sistemas de Inteligência Artificial:

*All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of fellowship (cf. Art. 1, Univ. Dec. Human Rights). This fundamental condition of freedom and dignity must also be protected and guaranteed when producing and using AI systems. This must be done by safeguarding the rights and the freedom of individuals so that they are not discriminated against by algorithms due to their “race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status” (Art. 2, Univ. Dec. Human Rights).*

Além disso, o desenvolvimento da Inteligência Artificial a serviço da humanidade e do planeta, deve se refletir nos regulamentos e princípios que protegem as pessoas, em especial os fracos e desprivilegiados, bem como em seus ambientes:

*The development of AI in the service of humankind and the planet must be reflected in regulations and principles that protect people – particularly the weak and the underprivileged – and natural environments*

Inúmeros sistemas de Inteligência Artificial tomam decisões com fundamento no tratamento algoritmo de dados pessoais, e tais sistemas são suscetíveis a falhas, que podem levar a discriminação. E neste contexto, surge então uma imprescindível preocupação legal quanto ao controle e uso dos dados.

Atualmente tramita na Câmara do Deputados a Proposta de Emenda à Constituição – PEC – nº 17/19, que busca acrescentar o inciso XII-A, ao artigo 5º, e o inciso XXX, ao artigo 22, da Constituição Federal, para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão, e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria.

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD - entrou em vigor em 18/09/2020 e busca estabelecer um sistema de proteção de dados, servindo de base para o tratamento de dados pessoais, e que segundo a Profa. Cintia Rosa e o Prof. Newton:

A LGPD é um importante instrumento para a segurança jurídica quanto aos direitos dos titulares de dados pessoais e às obrigações dos agentes de tratamento, à semelhança do que dispunha a Diretiva 95/46/EC, que foi substituída pelo Regulamento Geral Europeu

Neste diapasão, o Prof. Adalberto Simão e Janaina Rodrigues prelecionam que estar em conformidade com a LGPD, traduz a:

Colaboração de todos os agentes e cidadãos para a construção de uma sociedade justa e solidária, observados os princípios cooperativos e preceitos voltados para a proteção da ordem econômica. E será neste ambiente que o agente responsável, econômico ou institucional, independentemente de sua natureza, deverá certificar-se da adequabilidade da operação sob o seu controle, com relação a todos os aspectos protetivos previstos em LGPD, de maneira que possa ter melhor certeza de que terá dado guarida, ao direito fundamental do cidadão à proteção de dados. (RODRIGUES, SIMÃO FILHO, 2020)

Portanto, verificamos que a proteção jurídica dos direitos de personalidade e de outros direitos fundamentais, como a igualdade material, no caso de processamento eletrônico de dados pessoais, também precisa acompanhar estas mudanças tecnológicas.

Ademais, toda essa atmosfera pode vir a se tornar uma ameaça a direitos e garantias fundamentais. Desta forma, o modelo jurídico brasileiro precisa se ajustar para assegurar o direito de se estar conectado, mas também de que esse acesso seja realizado com transparência e de modo a garantir a proteção a outros direitos ainda mais basilares.

## Conclusão

Diariamente surgem inovações tecnológicas, diversos dispositivos conectados, cada vez mais inteligentes e autônomos, que acompanham o usuário em todas as suas atividades rotineiras *on-line*, coletando, armazenando e compartilhando uma grande quantidade de dados pessoais. Inovações tecnológicas que geram manifestas transformações nos processos de produção trazem vulnerabilidade de garantias e benefícios sociais, substituição do trabalho humano por robôs, entre outras novidades.

A Inteligência Artificial e os algoritmos já estão entre nós e se disseminam cada vez mais, se entranhando em todos os aspectos de nossa vida. A sociedade precisa estar preparada para as mudanças que um mundo recheado de algoritmos de Inteligência Artificial trará.

Precisamos também pensar no grau de autonomia que pode razoavelmente ser atribuído às máquinas e onde o controle humano substancial deve ser mantido. É compreender que a humanidade usa a tecnologia e não vice-versa, para que não se torne uma “ditadura do algoritmo”.

Resta claro que deve haver uma proteção a condição fundamental de liberdade e dignidade, que devem ser garantidas ao produzir e usar sistemas



de Inteligência Artificial. Para evitar que o indivíduo possa ser discriminado por algoritmos, devido, por exemplo, à sua raça, cor, sexo, idioma ou religião.

O modelo jurídico brasileiro precisa se ajustar para assegurar o direito de se estar conectado, mas também de que esse o acesso seja realizado com transparência e de modo a garantir a proteção a outros direitos ainda mais basilares. Confiança e ética devem ser estabelecidas e apoiadas. E, ainda, fica a reflexão de tantos outros temas que pairam sobre as tecnologias, como por exemplo, a responsabilização e qual o status jurídico poderia lhes ser atribuído.

É certo que ainda temos muito a caminhar.

## Referências

ARANHA, Maria Lucia de Arruda. **Temas de filosofia**. 2 ed., São Paulo: Moderna, 1998.

BRAZ, Leonardo Henrique. **Interesses Legítimos na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**/ Leonardo Henrique Braz; orientadora Cintia Rosa Pereira de Lima. Ribeirão Preto, 2020.

COZER, Carolina. **Biohacking é tendência para 2020 no Vale do Silício**. Disponível em: <https://www.whow.com.br/inovacao/biohacking-tendencia-2020/> Acessado em: fev.2020.

FLORIDI, Luciano. *The Fourth Revolution: how the infosphere is reshaping human reality*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

FUSSEL, Sidney. Por que esta saboneteira não reconhece peles negras? Disponível em: <https://gizmodo.uol.com.br/por-que-esta-saboneteira-nao-reconhece-peles-negras/> Acessado em: jan. 2020

LAWAND, Jorge José. *Teoria geral dos contratos eletrônicos*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de Lima. **Direito Digital, compliance, regulação e governança**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2019.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de Lima e DE LUCCA, Newton. Polêmicas em torno da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/331758/polemicas-em-torno-da-vigencia-da-lei-geral-de-protecao-de-dados>. Acessado em: set. 2020.

LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio eletrônico*; tradução de Fabiano Menke; com notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LUZ, Rafael. O que é biochaking? Disponível em <https://engrandece.com/o-que-e-biohacking/> Acessado em: fev. 2020

MACEDO, Joyce. **Robô Sophia: Deveríamos ser parceiros**. Disponível em: <https://canaltech.com.br/video/canaltech-entrevista/ct-entrevista-robo-sophia-deveriamos-ser-parceiros-nao-substitutos-10926/> Acessado me: mar. 2020.

MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**/Eduardo Magrani. - Rio de Janeiro:

FGV Editora, 2018.

\_\_\_\_\_. **Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade** /Eduardo Magrani. - 2. ed. - Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019.

MORAES, José W.S. (revisor). **Primeira filosofia, tópicos de filosofia geral.** 9 ed., São Paulo: Brasiliense, 1992.

MULLER, Léo. Tay: Twitter conseguiu corromper a IA da Microsoft em menos de 24 horas. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/inteligencia-artificial/102782-tay-twitter-conseguiu-corromper-ia-microsoft-24-horas.htm> Acessado em: fev. 2020.

NISHIKIORI, Igor. Robô sexual: lembre cinco modelos curiosos lançados em 2019. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2020/01/robo-sexual-relembre-cinco-modelos-curiosos-lancados-em-2019.ghtml> Acessado em: jan.2020.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Caetano. **Ética.** Disponível em: <https://www.infoescola.com/filosofia/etica/>. Acessado em: fev.2020.

PELUSO, Alberto Luís. **O problema dos limites éticos da ciência e da tecnologia.** COLETÂNEA **FORMAÇÃO SOCIOCULTURAL E ÉTICA.** UniCesumar. 2018.

PRATA, Gabriel Aleixo. **Como a tecnologia de contratos inteligentes poderá afetar os negócios na próxima década?** Trabalho de conclusão de curso de graduação em Administração apresentado à Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas – EBAPE - da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: 2015.

RAY, Kate. **Web 3.0.** *Vimeo*, maio 2010. Disponível em: <https://vimeo.com/11529540>. Acesso em: fev. 2020.

RAVIART, Michele. Inteligência artificial: também um algoritmo precisa de ética. Disponível em: <https://www.vaticannews.va/pt/vaticano/news/2020-02/inteligencia-artificial-vaticano-etica0.html> Acessado em: mar. 2020

RISPOLI, Afonso Fratti Penna E QUADRADO, Hebert Fabricio Tortorelli. **Fluxo informacional e autodeterminação informativa: o dilema do consentimento informado.** Artigo apresenta no I Congresso Internacional “Desafios e perspectivas das Autoridades de Proteção de Dados Pessoais e Privacidade”, realizado na Faculdade de Direito de Ribeirão - FDRP/USP, 2019.

RODRIGUES, Janaina de Souza Cunha e FILHO, Adalberto Simão. **Certificar: a arte da certificação em LGPD.** Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/333202/certificar--a-arte-da-certificacao-em-lgpd> Acessado em: set.20

SPERANZA, Fausta. Concluído encontro sobre inteligência artificial no Vaticano: não à ditadura do algoritmo! Disponível em: <https://www.vaticannews.va/pt/vaticano/news/2020-02/vaticano-encontro-inteligencia-artificial-dom-vincenzo-paglia.html> Acessado em: mar. 2020.

UNESCO. **Report of comest on robotics.** Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000253952>. Acessado em: abr. 2020.

# PRIVACY DOS EMPREGADOS E A EMERGÊNCIA COVID-19. UMA BREVE ANÁLISE SOBRE O SISTEMA ITALIANO

**Camilla Martins dos Santos Benevides**

Advogada. Especialista em Direito do Trabalho e Mestre em Direitos Humanos e Políticas Públicas pela Universidade Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR. Doutoranda na Universidade Sapienza de Roma

## **Resumo:**

Dentre as normas editadas na Itália para conter a grave pandemia do COVID-19, existem regras de repercussão na aquisição e tratamento de dados privados dos empregados. Por um lado, discute-se a necessidade de monitoramento dos dados, por outro lado, observa-se que dados da saúde são *sensíveis*, e podem gerar ou potencializar discriminação. Este estudo tem como objetivo analisar as medidas praticadas na Itália, relacionadas ao COVID-19 e o ambiente de trabalho. O tema em questão possui relevância em face da particularidade da situação relacionada ao COVID-19 e da grande extensão do público-alvo. Sobre os aspectos metodológicos, o trabalho utilizou-se da revisão de literatura e legislação, tendo caráter qualitativo. Como resultado, verificou-se que embora exista um forte sistema de proteção aos dados privados, no conflito entre normas há uma mitigação de direitos particulares, a fim de garantir a salubridade do ambiente laboral.

**Palavras-chave:** Tratamento de dados particulares; Saúde e segurança dos empregados; Covid-19.

## **Introdução**

Entre os protocolos emergenciais adotados para conter e monitorar a grave pandemia COVID-19, existem regras de repercussão não só no que diz respeito à aquisição, mas também ao tratamento de dados privados dos cidadãos.

No que diz respeito às relações de trabalho, tendo em conta a necessidade de adoção de medidas relativas à segurança no ambiente laboral na fase 2 da reabertura das atividades produtivas na Itália, é também necessário que sejam coletados e tratados, dados relativos à saúde dos trabalhadores.

Por um lado, discute-se a disponibilização de dados de saúde para o mo-

nitoramento de infecções; o cruzamento de informações para fins de estudo epidemiológico; a correta comunicação entre órgãos públicos e privados dos dados de pessoas positivas para COVID-19; por outro lado, existem repercussões organizacionais e técnicas relacionadas com a necessidade de efetuar este tratamento de dados pessoais, garantindo o cumprimento da legislação.

Este estudo tem como objetivo fazer uma comparação entre as normas europeias e italianas relativas à privacidade de dados, e a repercussão destas normas sobre as medidas adotadas no ambiente laboral italiano, em face da pandemia COVID-19.

## **Legislação Sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores na Europa e na Itália**

O direito à proteção dos dados pessoais é um direito básico dos cidadãos, conforme a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 8.º).

O artigo 4º do Estatuto dos Trabalhadores Italiano, alterado pelo Decreto Legislativo nº. 151, estabelece regras sobre o controle remoto dos trabalhadores. No parágrafo 3, relativo aos dados pessoais, esclarece-se que os dados podem ser utilizados para todos os fins relacionados com a relação de trabalho e sobre a proteção destes dados, remete-se<sup>1</sup> ao Código Italiano de Proteção da Dados, que foi alterado pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados n. 2016/679 (RGPD)<sup>2</sup>, promulgado pela União Europeia.

O artigo 88.1 do RGPD por sua vez afirma que “ Os Estados-Membros podem estabelecer, no seu ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, normas mais específicas para garantir a defesa dos direitos e liberdades no que respeita ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral”.

É importante observar que, sob a luz da técnica normativa, a adoção de uma disciplina geral, aplicável indistintamente a todos os tipos de relações sociais, não é recomendável por apresentar resultados ineficientes<sup>3</sup>. Isso porque, o contrato de trabalho possui elementos de especificidade que justificariam regras próprias com relação a *privacy*, principalmente levando em consideração a disparidade na relação de poder entre empregador e trabalhador e a grande quantidade de dados privados que o empregador adquire.

1 “Tale rinvio appare, *prima facie*, rassicurante e ciò sia perché la normativa sulla *privacy* costituisce un *corpus* altamente pervasivo e dotato di un alto grado di specificità, sia perché, proprio a causa di queste sue caratteristiche, essa rassomiglia a una mitica chimera la cui fama è nota a tutti, ma la cui portata rimane ai più misteriosa.” F. FUSCO, *La privacy del lavoratore tra riforma dell'art. 4 St. lan. e regolamento generale sulla protezione dei dati personali*, in “Diritti Lavori Mercati”, 2019, 2, p. 297.

2 A proteção de dados privados na Europa é prescrita pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados RGPD – pelo Conselho de 27 de abril de 2016, em vigor a partir de 25 de maio de 2018.

3 G. PROIA, *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'impatto della nuova disciplina dei controlli a distanza*, in “Rivista Italiana di Diritti del Lavoro”, 2016, 4, p. 550.

Sobre dados de saúde, Artigo 9, item “H”, do RGPD, estabelece que é proibido o tratamento desses dados pessoais, com exceção de tratamentos para fins preventivos ou de medicina do trabalho. O parágrafo 3º esclarece que estes dados são tratados por ou sob a responsabilidade de um profissional sujeito à obrigação de sigilo profissional, conforme regulamentação estabelecida pelas autoridades competentes.

Em qualquer situação, devem ser observados os princípios descritos no artigo 5º do RGPD, adotando garantias específicas para as partes interessadas.

Entre os princípios, o empregador deve observar o princípio da necessidade, sobre o qual o controle deve ser necessário ou indispensável para uma finalidade específica e ter caráter de excepcionalidade, limitado no tempo e no objeto. É preciso também atentar ao princípio da finalidade, pois o controle deve ter como objetivo garantir a segurança ou prevenir e combater as infrações.

O empregador deve informar previamente os colaboradores sobre os limites de utilização das ferramentas de coleta de dados e as penalidades previstas em caso de violação desses limites devido ao princípio da transparência.

É importante também observar os princípios da proporcionalidade e segurança, de modo que o empregador deve adotar formas de controle estritamente proporcionais e não excessivos para efeito da aquisição, garantindo que os dados coletados sejam protegidos de forma adequada.

Portanto, ao processar dados dos empregados, o empregador deve levar em consideração os direitos fundamentais dos trabalhadores e identificar corretamente a base legal para esse processamento. O “*considerando*” 155 do RGPD esclarece que os dados pessoais nas relações de trabalho podem ser processados com base no consentimento do empregado, para efeitos de recrutamento, execução do contrato de trabalho, incluindo o cumprimento das obrigações previstas por lei ou por convenções coletivas, de gestão, planejamento e organização do trabalho, de igualdade e diversidade no trabalho, de saúde e segurança no trabalho, e para efeitos de exercício e gozo, individual ou coletivo, dos direitos e benefícios relacionados com o emprego, bem como para efeitos de cessação da relação de trabalho.

Consentimento é por definição da RGPD (Artigo 4) “qualquer manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca do interessado, com a qual este expressa seu consentimento (...) de que os dados pessoais que lhe digam respeito estão sujeitos tratamento”.

No entanto, o artigo 6.º do RGPD também explica que a base jurídica pode ser o interesse legítimo do responsável pelo tratamento dos dados (no caso do contrato de trabalho, do empregador) e para a proteção dos interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa natural.

Nesta base jurídica, é importante verificar uma mudança no consentimento. Isso porque, o artigo 24 do Código de Privacidade determina que, em casos de interesse legítimo, o tratamento pode ser realizado sem o consen-

mento do titular<sup>4</sup>.

Para os tratamentos baseados no interesse legítimo, é necessário avaliar previamente se o tratamento é necessário e proporcional para a prossecução de um fim legítimo, elaborando a avaliação de impacto.

## Dados sobre a saúde do trabalhador e a emergência COVID-19

Na Resolução do Conselho de Ministros da Itália de 31 de janeiro de 2020 (Diário Oficial n.º 26 de 01 de fevereiro de 2020) foi declarado o estado de emergência em consequência do risco para a saúde associado ao surto de COVID-19 durante, inicialmente seis meses, portanto, até 31 Julho de 2020<sup>5</sup>.

Posteriormente, a Proteção Civil obteve autorização<sup>6</sup> para adquirir e processar dados biométricos que identifiquem de forma única uma pessoa ou dados sobre saúde, na Portaria 630 de 9 de março de 2020. No decreto-lei de 9 de março de 2020 que dispõe sobre as medidas urgentes para o reforço do sistema nacional de saúde, no que diz respeito à emergência COVID-19, foram estabelecidas as condições para o tratamento de dados de saúde no contexto da emergência (artigo 14.º).

O decreto-lei 17 de março de 2020, n. 18, atualizado pela lei 24 de abril de 2020, n. 27, regulamenta as medidas de fortalecimento do serviço nacional de saúde e de apoio económico às famílias, trabalhadores e empresas relacionadas à emergência epidemiológica COVID-19. Esta lei, no seu artigo 17-bis, estabelece as condições para o tratamento dos dados de saúde do cidadão em contexto de emergência.

Nesse artigo foi estabelecido que a comunicação à sujeitos públicos e privados, dos dados previstos nos artigos 9º e 10º do RGPD (incluindo dados de saúde - artigo 9º, letra “H”), será realizada quando indispensável para o desempenho das atividades relacionadas com a gestão da emergência sanitária em curso.

O Protocolo Confindustria / Sindicatos assinado em 14 de março de

4 “Ai sensi della vigente disciplina di cui al Codice della privacy, l’istituto dell’interesse legittimo del titolare del trattamento è menzionato in un solo caso: quello dell’art. 24 (“Casi nei quali può essere effettuato il trattamento senza consenso”), comma 1, lettera g. Tale norma dispone che non è necessario acquisire il consenso dell’interessato quando il trattamento “con esclusione della diffusione, è necessario, nei casi individuati dal Garante sulla base dei principi sanciti dalla legge, per perseguire un legittimo interesse del titolare o di un terzo destinatario dei dati, qualora non prevalgano i diritti e le libertà fondamentali, la dignità o un legittimo interesse dell’interessato.” A. DEL NINNO, I recenti interventi normativi del Legislatore italiano nel settore della tutela dei dati personali tra dubbi di compatibilità e conflitti pratici con le norme del Regolamento Generale UE sulla data protection. Le nuove norme privacy della Legge di Bilancio 2018, in “Diritto e Giustizia”, 8 gennaio 2018.

5 Em 07 de Outubro de 2020 foi prorrogado a declaração de estado de emergência até 31 de janeiro de 2021. <https://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/dettaglioAtto?id=76574>;

6 Como descrito no item anterior “2. *LEGISLAÇÃO SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DOS TRABALHADORES NA EUROPA E NA ITÁLIA*”, os dados de saúde são considerados sensíveis e, em geral, conforme Artigo 9, lett. “H” do RGPD é proibido processar esses dados.

2020 (e atualizado pela DCPM em 27 de abril de 2020) sobre a regulamentação de medidas de combate e contenção da propagação do vírus COVID-19 no local de trabalho apresenta disposições sobre o tratamento pessoal de dados dos trabalhadores pelos empregadores<sup>7</sup>.

A primeira disposição descreve que, antes de entrar no local de trabalho, o trabalhador pode ser submetido ao controle da temperatura corporal. Se esta temperatura for superior a 37,5°, o acesso ao local de trabalho não será permitido.

A mensuração em tempo real da temperatura corporal constitui um tratamento de dados pessoais e, portanto, deve ocorrer de acordo com as normas de privacidade. O DCPM determinou que em regra geral a temperatura não deve ser registrada, salvo em caso de impossibilidade de acesso do trabalhador ao posto de trabalho, em face da existência de febre.

Cabe ao empregador fornecer informações<sup>8</sup> claras sobre o tratamento de dados pessoais aos empregados. No que diz respeito ao conteúdo da informação, com referência à finalidade do tratamento, pode ser indicada a prevenção do contágio de COVID-19 e, com referência à base jurídica, pode ser indicada a implementação de protocolos de segurança anti-contágio nos termos do artigo 1.º, n. 7, lett. “d” do DCPM 11 de março de 2020. No que se refere à duração da eventual retenção de dados, pode ser feita referência ao fim do estado de emergência.

Em particular, o decreto lembra que os dados podem ser tratados exclusivamente com o objetivo de prevenir o contágio da COVID-19 e não devem ser divulgados ou comunicados a terceiros fora das disposições regulamentares específicas<sup>9</sup>.

O empregador deve informar com antecedência aos colaboradores, e aos que pretendem entrar na empresa, do bloqueio de acesso àqueles que, nos últimos 14 dias, tiveram contato com sujeitos com teste positivo para CO-

7 È importante notare che “i dati del lavoratore posso essere trattati all’interno dell’azienda soltanto da persone determinate, appositamente individuate dal cd. titolare del trattamento (il datore di lavoro), nelle figure del responsabile e dell’addetto o incaricato al trattamento”. V. AA.VV., *Fondamenti di diritto del lavoro*, Terza Edizione, Torino, Giappichelli, 2019, p. 151.

8 “L’informazione dovuta dal datore di lavoro ex art. 4, comma 3, realizza una tutela della persona del dipendente fondata sulla trasparenza. Ciò nella convinzione che l’obbligo di rendere edotto il lavoratore in ordine ai controlli a cui è sottoposto costituisce la modalità più efficace per proteggerlo non dal controllo – già avvenuto nel rispetto dei limiti previsti dal legislatore (commi 1 e 2 dell’art. 4) –, ma dall’utilizzo dei dati per le potenziali ripercussioni sulla posizione del prestatore nell’ambito del rapporto di lavoro (per quanto riguarda i profili disciplinari, ma non soltanto questi)” – A. MARESCA, *Controlli Tecnologici e tutele del lavoratore*, in “Rivista Italiana di Diritto del Lavoro”, 2016, 4, p. 541.

9 Sobre tal ponto se reitera as normas sobre proteção de dados privados, em especial de saúde, descritos no item precedente. “Il termo - specifiche previsioni normative - possono anche essere rappresentate dalla lettura interpretativa dell’articolo 14, comma 2 del decreto legge 14/2020 che vieta solo la “diffusione” dei dati sanitari, ma non anche la comunicazione a terzi soggetti privati quali sarebbero i dipendenti da avvertire”. A. DEL NINNO, *Il trattamento dei dati sanitari dei lavoratori all’epoca dell’emergenza COVID-19*, in “Diritto e Giustizia”, 18 marzo 2020.

VID-19. Caso seja solicitada a emissão de declaração atestando estas situações, devem ser observados as normas e princípios já citados sobre a proteção de dados privados. Para tanto, sugere-se coletar apenas os dados necessários, adequados e relevantes no que diz respeito à prevenção da infecção por COVID-19<sup>10</sup>.

Sobre os dados pessoais dos trabalhadores, a Declaração 1/2020<sup>11</sup> (Adotada em 19 de março de 2020) do presidente do Conselho Europeu de Proteção de Dados explica que as regras de proteção de dados (como o RGPD) não impedem as medidas tomadas na luta contra pandemia corona vírus. Este comitê<sup>12</sup> esclareceu que o empregador pode divulgar<sup>13</sup> dados de um empregado infectado com COVID-19 para seus colegas de trabalho ou estranhos, mas eles não<sup>14</sup> podem fornecer mais informações do que for estritamente neces-

10 Per quanto riguarda i tipi di dati che possono essere richiesti, il protocollo menziona solo che sono i “necessari, adeguati e pertinenti rispetto alla prevenzione del contagio da COVID-19”. Il Garante nel “Faq – Coronavirus” chiarisce che “dovranno essere raccolti solo i dati necessari, adeguati e pertinenti rispetto alla prevenzione del contagio da Covid-19, e astenersi dal richiedere informazioni aggiuntive in merito alla persona risultata positiva, alle specifiche località visitate o altri dettagli relativi alla sfera privata.” In questo senso, sembra a chi scrive che è consentito porre domande sullo stato di salute attuale dei dipendenti, ad esempio se il dipendente avverte uno dei sintomi e se ha contratto il virus, mentre sono vietate domande sulla vita particolare, come dove è andato e con chi si è trovato.

11 *Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak*, in: [https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/news/edpb\\_statement\\_2020\\_processingpersonaldataandcovid-19\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/news/edpb_statement_2020_processingpersonaldataandcovid-19_en.pdf).

12 Can an employer disclose that an employee is infected with COVID-19 to his colleagues or to externals? Employers should inform staff about COVID-19 cases and take protective measures, but should not communicate more information than necessary. In cases where it is necessary to reveal the name of the employee(s) who contracted the virus (e.g. in a preventive context) and the national law allows it, the concerned employees shall be informed in advance and their dignity and integrity shall be protected. • What information processed in the context of COVID-19 can be obtained by the employers? Employers may obtain personal information to fulfil their duties and to organise the work in line with national legislation.

13 Per i dati sensibili, infatti, è sufficiente un’ autorizzazione del Garante, senza bisogno del consenso dell’interessato quando il trattamento dei dati è necessario per adempiere obblighi di legge per la gestione del rapporto di lavoro, ivi compresa la sicurezza e la previdenza (art. 26, comma 4, lett. d) e, comunque, quando è necessario per far valere o difendere un diritto in giudizio (art. 26, comma 4, lett. e). Del resto il Garante, utilizzando la facoltà di rilascio di autorizzazioni generali relative a «determinate categorie di titolari o di trattamenti» (art. 40), ha autorizzato una volta per tutte (cfr. aut. n. l del 2005) il trattamento di alcuni dati sensibili nella gestione dei rapporti di lavoro per consentire la fruizione di permessi e aspettative sindacali e per cariche pubbliche e di festività religiose, nonché per consentire l’applicazione della disciplina di malattie, infortuni e maternità ed i controlli di idoneità fisica e sulle assenze per infermità. A. VALLEBONA, *Istituzioni di Diritto del Lavoro, II Il Rapporto di lavoro*, Padova, Cedam, 2017, p. 292.

14 In questo senso è importante ricordare che esiste una differenza tra comunicazione e diffusione. “La comunicazione (o cessione) consiste nel dare conoscenza di dati personali ad uno o più soggetti determinati diversi dall’interessato, dal rappresentante del titolare nel territorio dello Stato, dal responsabile e dagli incaricati. In caso di comunicazione il dato viene trasferito a terzi, ed è quindi attività particolarmente delicata. Per diffusione, invece, si intende il dare conoscenza dei dati a soggetti indeterminati, in qualunque forma anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione. Si ha, quindi, diffusione anche



sário. Nos casos em que seja necessário divulgar o nome do trabalhador que contraiu o vírus (por exemplo, em um contexto preventivo), os trabalhadores em questão devem ser previamente informados e sua dignidade e integridade protegidas.

Nesse sentido, é importante lembrar que o artigo 23, parágrafo 1º, e o “*considerando*” nº. 4 do RGPD, apresentam possíveis limitações à aplicação dos princípios de proteção de dados pessoais, se necessário para proteger os interesses gerais avaliados como prevalentes, em conformidade com os princípios da proporcionalidade, necessidade, segurança e se visar a prossecução de interesse geral reconhecido pela UE ou ligada à necessidade de proteger os direitos e liberdades de terceiros.

Além disso, deve-se notar que, nos termos do artigo 6.1 letra “E” do RGPD, os tratamentos são lícitos se “necessários para a execução de uma tarefa de interesse público ou vinculado ao exercício de autoridade pública investida no controlador de dados”.

Desta forma, observa-se que o RGPD não apresenta obstáculos inflexíveis à análise dos dados. Ou seja, nos limites substanciais ao tratamento de dados, em muitos casos refere-se à identificação da sua finalidade, de modo que os limites da legalidade fixados pela legislação sobre proteção de dados são, portanto, constituídos por barreiras móveis cujo posicionamento exato depende da finalidade perseguida<sup>15</sup>.

Portanto, considerando que a legislação de privacidade não apresenta obstáculos imutáveis em relação ao processamento de dados de saúde; que esses tratamentos podem ser realizados se estiverem relacionados a um interesse legítimo (como a proteção da saúde e do ambiente de trabalho) e à situação de emergência sanitária causada pelo COVID-19, entende-se que é possível aos empregadores processar dados de saúde de empregados. O tratamento desses dados deve ser realizado por uma pessoa física, designada pelo empregador como “pessoa responsável pelo processamento”, ou seja, “a pessoa física autorizada a realizar operações de processamento pelo proprietário ou gerente” com base no Código de Privacidade (art. 4, parágrafo 1, letra h).

Quanto à comunicação ou divulgação de dados de saúde dos colaboradores a terceiros, reitera-se que existe uma diferença entre comunicação e difusão, já mencionada anteriormente neste texto. A difusão em todos os casos é proibida. A comunicação pode ser feita exclusivamente a colegas de trabalhos ou órgãos públicos, apenas para fins de segurança e para reduzir a disseminação do COVID-19. Desta forma, por exemplo, o nome do trabalhador com o vírus pode ser comunicado ao colega que fez contacto físico com o trabalhador doente, para que sejam tomadas medidas relacionadas com a segurança do colega (ou seja, a fim de verificar se houve transmissão da doen-

---

quando si pubblica online, ad esempio, una fotografia su un social network. In assenza di consenso tale attività deve ritenersi illecita.” B. SAETTA, *Trattamento dei dati personali*, 2018, in <https://protezionedatipersonali.it/trattamento-dei-dati>.

15 F. FUSCO, *La privacy del lavoratore*, cit., p. 297.

ça). Dados adicionais não necessários para a segurança da saúde dos colegas e do ambiente de trabalho, como o tempo de afastamento por doença, o estado atual de saúde do trabalhador, o local onde ocorreu a contaminação (se conhecido da empresa), não devem ser divulgados.

A comunicação deve ser feita de forma segura, ou seja, de forma que não permita o encaminhamento das comunicações a terceiros ou a divulgação de dados, respeitando a dignidade dos trabalhadores. Recomenda-se ao responsável pelo tratamento, comunicar-se diretamente com o terceiro, que deve ser informado sobre a privacidade dos dados, através de meios adequados e seguros, presenciais ou telemáticos, informando-o de que não podem ser transmitidos a terceiros devido à legislação de proteção dos dados previstos no GDPR.

É importante notar que o tratamento de dados e a comunicação a outros colegas, com o intuito de proteger o ambiente de trabalho e prevenir a propagação da doença, é uma obrigação do empregador nos termos do artigo 2.087 do Código Civil Italiano, que impõe ao empregador «adotar as medidas que, de acordo com a natureza particular do trabalho, experiência e técnica, sejam necessárias para proteger a integridade física e a personalidade moral dos empregados» e também devido a do artigo 438<sup>16</sup> do Código Penal Italiano.

Portanto, considerando a responsabilidade civil e criminal do empregador pela segurança do ambiente de trabalho e dos trabalhadores, caso um trabalhador doente entre no local de trabalho, e transmita a doença a outros trabalhadores, é necessário tomar providências de segurança para impedir a propagação da doença, bem como para manter a segurança do ambiente de trabalho. A responsabilidade deste empregador gera o legítimo interesse no tratamento de dados de saúde e, excepcionalmente, em comunicar a terceiros, que necessariamente devem tomar conhecimento de tais informações, a fim de travar a cadeia de contaminação.

## Conclusão

Os dados dos trabalhadores são protegidos em termos de acesso e utilização, tanto a nível da comunidade europeia, como com base na legislação nacional italiana. Em particular, nos dados de saúde, embora em geral não devam ser tratados, existem medidas excepcionais que autorizam o seu tratamento, para efeitos de prevenção ou segurança no local de trabalho.

O surgimento do COVID-19 e, em particular, a fase 2 de reabertura das atividades produtivas na Itália, levou à necessidade de aplicar medidas excepcionais no local de trabalho, a fim de reduzir a propagação do vírus e garantir a segurança dos trabalhadores. Entre as medidas, está assegurada a possibilidade de tratamento de dados sobre a saúde dos prestadores, tendo em conta

<sup>16</sup> Art. 438 Codice Penale Italiano. Epidemia. Chiunque cagiona un'epidemia mediante la diffusione di germi patogeni è punito con l'ergastolo. Se dal fatto deriva la morte di più persone, si applica la pena di morte.

os princípios gerais do RGPD e os objetivos estabelecidos no Protocolo de 24 de abril de 2020, reafirmando a obrigação de prestar informações claras ao trabalhador sobre a utilização de seus dados.

Quanto à divulgação desses dados aos colegas, entende-se que a comunicação é possível, mas não a difusão de dados. Os dados devem ser tratados por pessoas específicas, identificadas pelo titular do tratamento, ou seja, na figura do “processador de dados”. Apenas os dados essenciais para a segurança do local de trabalho devem ser expostos e para um número específico de colegas, ou seja, aqueles que precisam absolutamente das informações para tomar as medidas de segurança adequadas.

## Referências

- Codice Penale Italiano. <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale>. Acesso 01/10/2020;
- DEL NINNO, Alessandro. I recenti interventi normativi del Legislatore italiano nel settore della tutela dei dati personali tra dubbi di compatibilità e conflitti pratici con le norme del Regolamento Generale UE sulla data protection. Le nuove norme privacy della Legge di Bilancio 2018, in **“Diritto e Giustizia”**, 8 gennaio 2018;
- DEL NINNO, Alessandro. Il trattamento dei dati sanitari dei lavoratori all’epoca dell’emergenza COVID-19, in **“Diritto e Giustizia”**, 18 marzo 2020;
- European Data Protection Board (EDPB): **Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak**, in [https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/news/edpb\\_statement\\_2020\\_processingpersonaldataandcovid-19\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/news/edpb_statement_2020_processingpersonaldataandcovid-19_en.pdf). Acesso 10/10/2020;
- FUSCO, Frederico. La privacy del lavoratore tra riforma dell’art. 4 St. lav. e regolamento generale sulla protezione dei dati personali, in **“Diritti Lavori Mercati”**, 2019, V. 2;
- MARESCA, Arturo, Controlli Tecnologici e tutele del lavoratore, in **“Rivista Italiana di Diritto del Lavoro”**, 2016, 4, p. 541
- PERSIANI, Mattia et al. **Fondamenti di diritto del lavoro**, Terza Edizione, Torino, Giappichelli, 2019, p. 151.
- PROIA, Giampiero. Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l’impatto della nuova disciplina dei controlli a distanza, in **“Rivista Italiana di Diritti del Lavoro”**, 2016, V. 4;
- Regulamento Geral de Proteção de Dados RGPD – pelo Conselho de 27 de abril de 2016, em vigor a partir de 25 de maio de 2018. Versão em português disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso 10/10/2020;
- Saetta, Bruno. **Trattamento dei dati personali**, 2018, in <https://protezionedatipersonali.it/trattamento-dei-dati>. Acesso 10/10/2020;
- VALLEBONA, Antonio. **Istituzioni di Diritto del Lavoro, II Il Rapporto di lavoro**, Padova, Cedam, 2017, p. 292.

# O DIREITO À PRIVACIDADE E OS CADASTROS DE CRÉDITO EM FACE À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: A BASE LEGAL DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO PARA O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

**Lucas Zauli Ribeiro**

Graduando em Direito com formação complementar em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Minas Gerais

## **Resumo:**

A temática escolhida para ser desenvolvida neste trabalho científico consubstancia-se no estudo sobre a viabilidade do tratamento de dados através da base legal de proteção ao crédito em vista às disposições da Lei nº 13.709/18 - Lei Geral de Proteção de Dados. O objetivo traçado se perfaz pela reflexão acerca da legalidade de criação, manutenção e promoção dos cadastros de crédito frente aos direitos dos titulares dos dados, ou seja, o uso de dados pessoais para fins de análise de crédito de maneira independente do consentimento do titular. Para tanto, foi verificada a legislação correlata e o conceito de privacidade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sua aplicação para a proteção aos dados pessoais. Dessa forma, com a análise da legislação e da bibliografia concernente, adotou-se o meio de pesquisa bibliográfica e o método hipotético-dedutivo.

**Palavras-chave:** Lei Geral de Proteção de Dados; Credit Score; e Direito à Privacidade.

## **Introdução**

Os dados pessoais tomaram a frente das discussões que relacionam direito e tecnologia nos últimos tempos. O motivo desse enfoque é que, como veremos, o dado pessoal assumiu um novo papel na sociedade contemporânea. No caso, não é que a informação seja hoje diferente do que era há alguns anos, entretanto, a finalidade desses dados assumiu uma roupagem de maior relevância. Para acompanhar os avanços tecnológicos, foi elaborada a Lei nº 13.709/18 – Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), responsável por consolidar em um único dispositivo as principais diretrizes, princípios e regula-

ções relativas aos dados pessoais.

A LGPD, dentre outros pontos, expõe hipóteses em que o tratamento de dados pode ser feito de maneira a ser considerado regular, ou seja, em conformidade com as disposições da própria lei e dos demais dispositivos legais brasileiros. Usualmente, é comum denominar essas hipóteses de bases legais. Dentre elas, temos o consentimento do titular, o legítimo interesse do operador, a tutela da saúde e, ainda, a proteção ao crédito.

Diante desse cenário, o artigo em questão pretende analisar a situação da base legal de proteção ao crédito constante no inciso X, do art. 7º, da LGPD, sob o enfoque do direito à privacidade, constitucionalmente garantido. Ora, questiona-se se o tratamento de dados tão relevantes, como os relativos à capacidade de crédito de titulares pode e/ou deve ser feito independente do consentimento e da vontade dos próprios titulares.

O presente artigo se propôs a analisar a legislação pertinente ao tema, promovendo a interseção entre os diplomas específicos de proteção de dados e os referentes à proteção ao crédito. Ademais, foi estudada a bibliografia concernente, buscando adotar o posicionamento doutrinário mais adequado ao caso, ressaltando que os demais posicionamentos posicionamento não necessariamente estão certos ou equivocados, sendo o que fora utilizado apenas mais adequado à linha lógica utilizada. Por fim, o estudo adotou o método hipotético-dedutivo.

## **Os Dados Pessoais na Contemporaneidade**

A privacidade é um direito que há muito tempo foi reconhecido como primordial ao ser humano, sendo retratado de diferentes formas ao longo do tempo. Seja em meio às cartas constitucionais ou em célebres documentos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o direito à privacidade foi reconhecido como fundamental, essencial a cada indivíduo. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 previu a questão indiretamente no inciso X, do art. 5º, ao reconhecer o direito à intimidade e à vida privada. Deste gênero, temos uma vertente que, por mais que pareça atual, há muito gera discussões. Apesar do recente enfoque da legislação brasileira, não é de hoje que a proteção de dados está na mídia, no foco de diversas discussões. Inclusive, mesmo antes da internet, já se discutia a importância das informações de cada indivíduo, sua forma de preservação e os meios adequados de sua utilização. Desde 1995, a União Europeia (UE), que hoje é referência mundial na proteção de dados pessoais, já possuía a Diretiva 95/46/CE, tratando da privacidade e dos dados de seus cidadãos. Países europeus como a Dinamarca, Alemanha, Espanha e Portugal também há muito apresentam legislações sobre este tópico.

Em terras brasileiras, para além das menções constitucionais ao direito à privacidade, há também a Lei nº 12.965/14, popularmente conhecida como Marco Civil da Internet e a Lei nº 12.527/11, a Lei de Acesso à Informação.

Ocorre que os dados pessoais, como mencionado anteriormente, assu-

miram uma nova roupagem na sociedade. Com os avanços da economia digital, estima-se que os dados se tornaram o principal ativo existente no mercado, sendo muitas vezes chamados de “o petróleo do Século XXI”. Nessa linha, Bruno Bioni (2019) esclarece o interesse econômico por trás dos dados pessoais. O que até então era visto como informação passou a ser utilizado como forma de aperfeiçoamento de marketing, estruturando o sistema de “profiling” e aquecendo o mercado através da personalização dos serviços e produtos:

No modelo de negócio “tradicional”, consumidores trocam uma quantia pecuniária por um bem de consumo. Por exemplo, cada item de um carrinho de supermercado tem o preço exato a ser pago para a sua aquisição. Trata-se de uma relação bilateral entre consumidor e fornecedor, cuja transação econômica é aperfeiçoada por uma transferência pecuniária. Ao passo que, sob um novo modelo de negócio, consumidores não pagam em dinheiro pelos bens de consumo, eles cedem seus dados pessoais em troca de publicidade direcionada. São os anunciantes de conteúdo publicitário que aperfeiçoam o seu arranjo econômico. [...] Por essa lógica, o consumidor torna-se também um produto comercializável, já que seus dados integram a operação econômica em questão.

Portanto, para lidar com esse novo cenário, ainda estava pendente no Brasil uma lei geral que tratasse a proteção de dados com as especificidades que o tema merece e demanda. Assim, seguindo as tendências globais, em 14 de agosto de 2018, foi promulgada a LGPD, que entraria efetivamente em vigor mais de dois anos depois, no dia 18 de setembro de 2020.

A LGPD representa uma mudança de paradigma no ordenamento brasileiro, trazendo proteção à privacidade e a personalidade do cidadão, bem como segurança jurídica para as empresas que realizam o tratamento de dados no país. Por outro lado, a cultura de proteção de dados ainda demanda atenção, posto que muitos dos cidadãos brasileiros não têm costume ou mesmo conhecimento sobre a importância de seus dados.

## **As Bases de Tratamento de Dados Pessoais**

Compreendido a importância dos dados pessoais, é inevitável delimitar em que caso é legalmente aceito promover o tratamento dessas informações.

Apenas a título de esclarecimento, vale ressaltar que tratamento é, em suma, toda e qualquer operação feita com os dados pessoais. Assim definiu a LGPD, a qual, através de um rol exemplificativo, listou diversos atos que podem ser atribuídos ao conceito tratamento, como: armazenamento, eliminação, acesso, utilização, processamento, entre outros.

Nesse panorama, rege a LGPD que qualquer conduta relacionada aos dados pessoais deve estar amparada em uma das bases legais por ela prevista em seu artigo 7º. Dentre as bases mais utilizadas, destacam-se o consentimen-

to e o legítimo interesse.

O primeiro decorre da anuência expressa, livre e inequívoca por parte do titular. Por mais que o consentimento possa parecer uma base simples, posiciona-se entre as mais complexas, posto que envolve a comprovação de vontade livre e desembaraçada, além de ser passível de revogação a qualquer momento.

Por outro lado, o legítimo interesse surge como a justificativa decorrente da necessidade do controlador. Não é uma carta branca, aplicável a toda e qualquer situação. Decorre, na realidade, da situação em que não se enquadra nas demais bases legais, mas é notoriamente relevante e necessária para a operação do negócio.

No Brasil, face à recente estruturação da Agência Nacional de Proteção de Dados – ANPD, pouco se sabe sobre os limites e as extensões de cada base legal. Até então, o que podemos fazer é interpretar a moldura proporcionada pela lei. De forma a tentar ilustrar melhor a situação, é comum que sejam feitas comparações com a legislação europeia, que desponta como clara referência, sendo a GDPR a legislação responsável por inspirar o diploma brasileiro. Contudo, ainda que seja clara a inspiração, só teremos de fato uma definição a partir do momento em que a ANPD iniciar suas atividades.

Assim, é nesse contexto em que iniciamos o tema que será trabalhado daqui para frente. Ciente da ausência de regulação até o presente momento, a análise feita levará em conta as posições doutrinárias e a interpretação do texto legal. Para tanto, entraremos mais a fundo na base legal constante no inciso X, do art. 7º, da LGPD, a proteção ao crédito.

## **A proteção ao crédito no Brasil**

Ao levantar as bases legais, notam-se hipóteses abrangentes que embasam o tratamento de dados em determinadas situações. É assim, por exemplo, no inciso III, do art. 7º da LGPD, qual seja: “pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres”; bem como no inciso V do artigo já mencionado, como vemos: “quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados”.

Entretanto, o inciso X se demonstra direto e específico. De forma sintética, temos a seguinte redação: “para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente”. Ora, denota certa estranheza a inclusão do inciso que aponta diretamente o escopo de sua aplicação. Denota, ainda, a intenção do legislador de regular o serviço específico de proteção ao crédito, já tão tradicional do Brasil.

Nesse sentido, entende Maciel (2019) que as seguintes situações adquirem a prerrogativa de independência do consentimento do titular, podendo ser

feita exclusivamente com o apontamento da base de proteção ao crédito:

(a) abrir cadastro em banco de dados com informações de adimplemento de pessoas naturais e jurídicas; (b) fazer anotações no cadastro; (c) compartilhar as informações cadastrais e de adimplemento armazenadas com outros bancos de dados; (d) fornecer “a nota ou pontuação de crédito elaborada com base nas informações de adimplemento armazenadas”. Permanece a necessidade da autorização para fornecimento do histórico de crédito (“conjunto de dados financeiros e de pagamentos, relativos às operações de crédito e obrigações de pagamento adimplidas ou em andamento por pessoa natural ou jurídica.”).

Fato é que com a previsão legal, inovação legislativa brasileira, os serviços de análise de crédito obtiveram uma justificativa permanente para a operação das atividades que pretendem. A grande questão gira em torno de compreender que, inerente ao sistema econômico em que o Brasil se insere, a análise de crédito tem importância ativa no mercado brasileiro. É dessa forma que os vendedores adquirem segurança para a venda de seus produtos e serviços, certos que serão pagos. Por outro lado, uma diferente faceta da análise de crédito também permite que os compradores sejam beneficiados pela constância de sua adimplência. Nessa linha, Oliva e Viégas (2019) apontam:

Entre os muitos setores em que o tratamento de dados pessoais assume função relevante, chama atenção, em especial, o mercado de crédito, em que a avaliação do risco de inadimplência possui fundamental importância para a definição do interesse ou não na contratação (ex.: recusa de concessão de crédito para pessoa inscrita no cadastro negativo) e para a delimitação dos termos e condições do contrato (concessão de crédito e juros mais baixos para pessoa com alto rating de crédito).

Nesse panorama, torna-se necessária a análise mais próxima dos dois institutos mencionados acima, o cadastro negativo e o cadastro positivo de crédito.

## **Cadastro Negativo de Crédito**

É considerado negativo por reunir em seu banco de dados as informações relativas à inadimplência dos consumidores. Ou seja, ao contrair dívidas no comércio, os vendedores e prestadores de serviço tem a prerrogativa de enviar o nome dos consumidores ao cadastro, os quais se tornam, portanto, “negativados”. Assim, esse cadastro é o responsável por armazenar e, a partir das informações, gerar uma nota para o consumidor, formando um índice numérico que representa a confiabilidade do consumidor.

Segundo informações prestadas pelo Serasa Experian (2020), uma das maiores empresas de análise de crédito no mundo, o cadastro negativo permi-



te “a gestão das informações de seus clientes, integrando-as com dados relacionados à inadimplência, situação financeira e risco de crédito, possibilitando uma análise correta, capaz de otimizar o processo de concessão de crédito.”.

Conforme definem Oliveira e Viégas (2019):

Para a inserção do consumidor no cadastro negativo não é necessário seu consentimento, mas apenas a ciência prévia. O CDC não estabelece prazo mínimo entre a notificação do consumidor e sua inserção no banco de dados de proteção ao crédito, mas na prática é comum ser conferido prazo de dez dias para que o consumidor regularize sua situação antes de sua “negativação”.

Portanto, no que tange ao cadastro negativo, conforme prerrogativa da LGPD, não há que se falar em consentimento do titular, de modo que sua inserção no cadastro independe de sua vontade. Neste ponto, não há dúvidas quanto à necessidade de utilização de uma base que não seja o consentimento, posto que nenhum titular solicitaria, de forma livre, expressa e inequívoca, seu desejo de figurar entre os participantes do cadastro negativo, o qual, claramente, é prejudicial à saúde financeira do titular.

Questiona-se, entretanto, se o tratamento desses dados não poderia ser feito com base em outras bases legais, como o legítimo interesse da mantenedora do cadastro de crédito. De qualquer forma, o resultado seria o mesmo, mas levanta-se a necessidade de reflexão sobre a base própria para proteção ao crédito.

Por fim, um ponto essencial para compreender o cadastro negativo é o fato de que não há lei específica que o regulamente. No entanto, por ser prática antiga e muito utilizada no Brasil, é vasta a construção jurisprudencial sobre o tema, de modo a sanar grande parte das divergências levantadas.

## **Cadastro Positivo de Crédito**

Diferentemente do cadastro mencionado anteriormente, o cadastro positivo tem regulamentação própria pela Lei nº 12.414/11, que “disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito.”.

A definição da lei, ainda que acertada, é complementada com a fornecida pelas instituições mantenedoras desse tipo de cadastro, como no caso da Serasa Experian (2020). Em seu site está exposta a definição de como funciona o cadastro positivo, como nota-se:

O Cadastro Positivo reunirá informações sobre como têm sido pagos os compromissos relacionados à contratação de crédito – empréstimos, financiamentos e crediários, por exemplo. Passam a constar do histórico do CPF totais financiados, quantidades e valores das parcelas, bem como o comportamento e a pontualidade de paga-

mento demonstrados pelo consumidor. O histórico de pagamentos relacionados à contas de consumo de serviços continuados (como água, luz, gás e telefone) também podem ser avaliados pelo mercado para obter uma melhor análise de risco na hora de conceder novos créditos a cadastrados, estender créditos já existentes ou realizar outras transações que impliquem risco financeiro. Assim, aos poucos, você pode construir seu histórico de bom pagador.

Ocorre que a Lei do Cadastro Positivo é consideravelmente completa, tratando a matéria de proteção de dados mesmo antes do assunto atingir o enfoque midiático que tem atualmente. Nessa linha, expõe Bioni (2020):

Além disso, é importante esclarecer que o mercado de crédito já é altamente regulado pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei do Cadastro Positivo (Lei 12.414/2012). Esta última lei é, inclusive, o mais próximo do que existe atualmente no ordenamento jurídico brasileiro a uma lei geral de proteção de dados pessoais. Ela opera na lógica que os dados pessoais, sejam eles públicos ou privados, devem ser somente tratados para a finalidade para a qual eles foram coletados.

Cabe ressaltar que, apesar da lei ser consideravelmente completa, não significa que não existam controvérsias. No caso, alguns pontos do diploma já foram analisados por tribunais superiores, como é o caso do abuso no exercício de direito por parte das instituições de análise de crédito, as quais, eventualmente, apresentam pequenos equívocos em seus registros, passíveis de ressarcimento por dano moral. Ainda nesse ponto, o julgamento do Recurso Especial nº 1.419.697 – RS propiciou o seguinte raciocínio:

O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema “credit scoring”, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados

Entretanto, a Lei do Cadastro Positivo sofreu recente alteração pela Lei Complementar nº 166, promulgada em 08 de abril de 2019, que estabeleceu novas diretrizes para os cadastros positivos de crédito e também regulou a responsabilidade civil dos operadores. Veja, conforme a lógica proposta pela LGPD, o tratamento de dados deve ocorrer de forma a respeitar determinados princípios, como a inviolabilidade da intimidade e o respeito à privacidade. Além disso, deve ser feito analisando a necessidade do tratamento e da forma mais transparente possível, garantindo clareza e precisão na forma de

tratamento. Todavia, as alterações propostas pela Lei Complementar aparentam certa fragilidade quando exposta à luz principiológica.

A questão é que, dentre outras alterações, o dispositivo revogou o art. 4º da Lei do Cadastro Positivo, o qual tinha a seguinte redação: “Art. 4º A abertura de cadastro requer autorização prévia do potencial cadastrado mediante consentimento informado por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada”.

Em seu lugar, foi inserido um artigo apresentando autorizações legais expressas para determinadas situações, como a abertura de cadastro em banco de dados com informações de adimplemento de pessoas naturais e jurídicas; anotações no cadastro mencionado; compartilhar as informações cadastrais e de adimplemento armazenadas; entre outros.

Com essa alteração legal, temos um escopo considerável para o tratamento dos dados com a função do cadastro positivo. O que até então era feito sob demanda do titular do dado, agora independe de sua vontade. O amparo legal para tal decisão está exatamente na base legal de proteção ao crédito. Ora, os dados do titular não mais dependem do consentimento, mas apenas do interesse do administrador do banco de dados.

Este breve artigo não tem a pretensão de questionar a validade dos cadastros de crédito. Principalmente, pois a discussão seria vazia se o escopo for o tratamento de dados. Se há disposição legal autorizando esses institutos, não há que se avaliar a viabilidade do tratamento, o qual sempre estará fundamentado na base legal constituída para esse específico fim.

Na realidade, a intenção aqui é causar a reflexão sobre o possível enfrentamento das bases legais de proteção ao crédito e consentimento no caso do cadastro positivo. Se essa forma de cadastro de fato busca promover benefícios aos que adimplem, seria a melhor forma impor a inserção de todas as pessoas naturais e jurídicas no cadastro, independente de sua vontade?

Por um lado, a ampliação garante que os desavisados ou os que nem mesmo conhecem a existência do cadastro positivo possam ser por ele beneficiados. Por outro, essas mesmas pessoas naturais e jurídicas terão seus dados tratados independentemente de sua vontade, de forma que, não raro, podem ter seus dados pessoais utilizados sem ter qualquer noção disso. Nesse caso, é possível garantir que os princípios e as regras estabelecidas pela LGPD estão em vigor? É possível falar em transparência no tratamento e em respeito à privacidade do titular?

A princípio, tende-se a pender para o pensamento de que, se é benéfico, por que não estender a todos? A análise mais atenta, no entanto, lembra a primeira citação deste artigo, que versa sobre a sociedade da informação e o valor que os dados adquiriram na contemporaneidade.

Antes da entrada em vigor da Lei Complementar mencionada, o modelo *opt in*, em que o consumidor deve manifestar seu desejo de ser inserido no cadastro, já apresentava falhas. Conforme apontam Oliveira e Viégas (2019):

O tratamento de dados atinente às informações de adimplemento para efeitos de formação de histórico de crédito depende, portanto, do consentimento informado do consumidor, devendo ser formalizado instrumento específico ou cláusula apartada, o que se aproxima da norma relativa às cláusulas que, nos contratos de adesão, traduzem limitação do direito do consumidor (CDC, art. 54). Nessa perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar sobre a abusividade da cláusula contratual inserta em contrato de adesão que impeça ao consumidor optar, válida e livremente, pelo compartilhamento de dados que fornece por ocasião da contratação de serviço de cartão de crédito.

A alteração para o modelo *opt out* (em que o consumidor é inserido no cadastro e deve manifestar seu desejo de desligamento), entretanto, não buscou resolver o problema levantado. Pelo contrário, a alteração institucionalizou o problema, posto que agora, de forma legal, independente da vontade do titular, seu dado pode ser utilizado para a manutenção do cadastro positivo.

Em um universo em que os dados pessoais assumem cada vez mais valor, não se respeita a privacidade e a intimidade com o tratamento de dados involuntário, ainda mais em um assunto tão delicado como o cadastro de crédito e a constituição de *credit score*.

## Conclusão

Os cadastros de crédito há muito são parte da economia brasileira. Inicialmente, o cadastro negativo se estruturou na sociedade como forma de proteção aos credores, possibilitando que conferissem a situação dos devedores e as inadimplências correntes. Na sequência, o cadastro positivo surgiu como um contraponto, como a possibilidade de, em favor dos adimplentes, promover benefícios para aqueles que mantêm suas obrigações em dia.

A questão do cadastro, apesar de temática central, não se cinge na legalidade ou não do tratamento. Isso, pois, a LGPD foi bem clara e específica ao estabelecer uma base legal própria para a proteção ao crédito. Curiosamente, a base é objetiva e direta, ao contrário das demais.

O enfoque buscado aqui é a forma como o cadastro positivo passou a ser constituído com dados dos titulares independente de sua própria vontade. Se a LGPD roga em suas diretrizes princípios como o respeito à intimidade e à privacidade, se a LGPD tem como fundamento o tratamento de dados pessoais com transparência e respeito à finalidade, é compatível a previsão de que determinados dados poderão ser utilizados mesmo sem o conhecimento expresso de seus titulares?

A reflexão buscada aqui é a forma como se ponderam a situação dos princípios e fundamentos da LGPD e o sistema *opt out* atribuído ao cadastro positivo. Não que seja, aprioristicamente incompatíveis, mas demonstram-se

contraditórios em sua essência, o que deveria ser melhor analisado pela legislação brasileira.

## Referências

BIONI, Bruno. **Dados públicos são dados pessoais?** Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/328266206>. Acesso em 08/07/2020.

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

BRASIL. **Lei Complementar 166, de 08 de abril de 2019**. Altera a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, e a Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011, para dispor sobre os cadastros positivos de crédito e regular a responsabilidade civil dos operadores. Brasília, DF: Presidência de República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp166.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp166.htm). Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília, DF: Presidência de República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. **Lei 12.414, de 09 de junho de 2011**. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Brasília, DF: Presidência de República, 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112414.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112414.htm). Acesso em: 16 set. 2020.

MACIEL, Rafael Fernandes. **Manual prático sobre a lei geral de proteção de dados pessoais (Lei nº 13.709/18)**. 1ª ed. Goiânia: RM Digital Education, 2019.

OLIVEIRA, Milena Donato; VIÉGAS, Francisco de Assis. Tratamento de dados para a concessão de crédito. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Org.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de dados pessoais – comentários à Lei nº 13.709/2018 (LGPD)**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SERASA EXPERIAN. **Cadastro Positivo**, 2020. Disponível em: <https://www.serasa.com.br/cadastro-positivo/>. Acesso em 10 out. 2020.

TEIXEIRA, Tarcísio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – comentários artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council**, 27 de abril de 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&qid=1600294703273&from=PT>. Acesso em: 16 set. 2020.

# “e-APP”: EMPREGO DA TECNOLOGIA AOS DOCUMENTOS ELETRÔNICOS PÚBLICOS DE TRATO INTERNACIONAL E SUAS IMPLICAÇÕES NA SEARA DOS DIREITOS HUMANOS

**Fernando Alves Montanari**

Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – Faculdade de Ciência Humanas e Sociais – Franca – São Paulo. Especialista em Direito Tributário, Empresarial, Notarial e Registral pela Uniderp e Escola Paulista da Magistratura. Registrador civil das pessoas naturais e Tabelião de notas do Distrito de Cândia, Comarca de Pontal, Estado de São Paulo

## **Resumo:**

Convenção da Apostila da Haia, Direitos Humanos e novas tecnologias da informática se interrelacionam na dinâmica das relações sociais e econômicas que visam a integridade das normas que disciplinam a validade e a eficácia de documentos públicos com aptidão para circular em no plano internacional. A forma digital de documentos é uma das consequências da sociedade de informação e seu apostilamento eletrônico consolida direitos humanos na medida em que efetiva a dignidade e evita adversidades como, por exemplo, a burocratização, a morosidade e a ineficiência. Com o apostilamento os documentos alcançam autenticidade formal tornando-se aptos à produção dos efeitos almejados em outro país. Seu tratamento eletrônico (e-APP) surgiu para eliminar o suporte material-físico do papel (apostila) e, também, em atenção à privacidade e à proteção dos dados.

**Palavras-chave:** *e-APP*; Convenção da Apostila; Direito Internacional; Documentos Eletrônicos e Digitais; Direitos Humanos.

## **Introdução**

Diariamente uma gigantesca quantidade de documentos<sup>1</sup> é produzida com o intuito de carrear informações alicerçadas em dados<sup>2</sup>, seja por autori-

1 Na lição de Victor Frederico Kumpel a palavra documento deriva do grego *dekos*, que deu origem a ao verbo *doceo* que significa ensinar, instruir, informar (2017, p. 357). “documento é qualquer elemento gráfico, iconográfico, plástico ou fônico pelo qual o homem se expressa” (BELLOTTO, 2006, p. 35).

2 “Em 2025, estima-se que 463 exabytes de dados serão criados a cada dia em todo o

dades públicas (vinculadas à legalidade) ou pelos particulares (no exercício da autonomia da vontade), nos diversos países que compõem a malha geopolítica do globo.

Especialmente sob o panorama do Direito, muitos destes documentos são formalizações de atos, fatos e negócios jurídicos que compõem a vida do ser humano e que os ordenamentos têm interesse em regular, visando a paz, a segurança e a promoção do bem de todos no seio social.

Deste conjunto específico de documentos, alguns emanam de autoridades públicas de um determinado país e serão utilizados em outro, justamente para que determinada informação constante do acervo público do primeiro (ou por ele certificada) possa alcançar efeitos no território do segundo (normalmente, implicações no campo da prova).

Some-se a esse fenômeno a ideia de que vivermos imersos na sociedade de informação, onde dados circulam de forma exponencial e não linear, formando um sistema peculiar, veloz e que desconhece fronteiras, alavancado pelos avanços da tecnologia e da informática, capaz de processar quantidades de elementos cada vez maiores, os quais geram informações e conhecimentos dos mais variados. Nesse cenário, cada vez maior é a opção pela utilização de documentos digitais, porque este formato permite acompanhar o tráfego que os instrumentos de informática utilizam, diminuindo o uso dos transportes pelas vias aérea, marítima e solo e incrementando a comunicação telemática entre os seres humanos.

Como até hoje não se tem notícia de um documento que tenha sido trazido a lume por geração espontânea na natureza, por detrás de cada um desses documentos jurídicos (digitais ou não), por obviedade, existe um ser humano, seja o(s) que o(s) confeccionou(aram), ou aquele(s) sobre o(s) qual(is) se projeta a informação ou, ainda, a união de ambos. Tudo objetivando assegurar o exercício da cidadania e ligando-se aos direitos humanos e fundamentais da dignidade e da privacidade, essa positivada, por exemplo, no art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e, por via de consequência, abarcando a própria segurança (pois, uma pessoa que tem sua privacidade desrespeitada vive sob angústia e medo, ocasionados pela exposição e possibilidade de mau uso dos seus dados).

Toda essa interrelação de ideias ganha outro componente importantíssimo, responsável por amarrá-las em um único ponto convergente, o “aposentamento”, que se tornou eletrônico (e-APP), abarcando dados, documentos e seu uso em território alienígena, somados à garantia dos direitos humanos.

Com esse panorama, além de sobressair a apresentação da proposta de investigação, faz-se emergir a justificativa da importância (tráfego de docu-

---

— mundo - o que equivale a 212.765.957 DVDs por dia!” (DESJARDINS, 2020). Um exabyte equivale a 1.000.000.000.000.000.000, ou seja, seis zeros a mais que um terabyte (1.000.000.000.000). E note-se que isso é uma estimativa baseada na movimentação da rede mundial de computadores. Os dados escritos à lápis numa folha de papel não são computados.

mentos entre países), a aderência à temática dos direitos humanos (tratando da dignidade, da privacidade e da segurança) e a definição da problemática desse breve artigo que tem por fim analisar a relação que há entre a Convenção da Apostila e o apostilamento eletrônico aplicados aos documentos públicos estrangeiros que ensejam tráfico internacional. Objetiva-se equacionar um ponto de inflexão entre eles e a possível tensão que pode sobrevir da análise do direito à privacidade (e sua consequente proteção de dados) com as diretivas internacionais e aquelas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

A metodologia a ser percorrida está baseada no método dedutivo, pois, será analisado especificamente um trabalho desenvolvido na Conferência da Haia, que inaugurou um instrumento internacional de cooperação, apto a suprimir a necessidade de legalização de documentos públicos estrangeiros e a resguardar os direitos humanos de todos os personagens envolvidos. É uma pesquisa básica, qualitativa, bibliográfica e documental, com a coleta de informações sobre a indigitada Convenção, a sociedade de informação, a relação entre documentos e direitos humanos, e o emprego de tecnologia ao apostilamento.

## **Convenção da Apostila e o Apostilamento**

A Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros (“Convenção da Apostila” ou “Convenção”) foi concluída no dia 05/10/1961, como resultado dos trabalhos desenvolvidos pela Comissão criada na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado para esse fim, e atualmente reúne cento e dezoito (118<sup>3</sup>) países contratantes.

Esta é uma organização intergovernamental de caráter global que busca, dentre outros, alargar e efetivar regras mínimas de direito internacional privado, para ordenar os diversos sistemas de direito privado que beneficiem os Estados Membros e os Estados-Partes das Convenções da Haia, englobando suas administrações públicas, sistemas judiciais e os profissionais que, de alguma forma, sejam alcançados por suas disposições (HAIA, 1965).

O documento que materializa a Convenção foi redigido em inglês e francês<sup>4</sup>, sendo formado por quinze artigos que versam sobre: sua aplicação, pormenorizando os casos a que se destina ou não, casos de derrogação

---

3 Em tradução livre da página mantida na rede mundial de computadores por Haia, pode-se ler que “a expressão Parte Contratante abrange os casos em que a Convenção entrou, e os casos em que a Convenção ainda não entrou em vigor para essa Parte após o depósito do seu instrumento de ratificação, adesão, aceitação ou aprovação” (Haia, 1965c).

4 Lê-se no parágrafo final do 15º artigo, textualmente: “Feira na Haia, em 5 de Outubro de 1961, em francês e inglês, fazendo fé o texto francês em caso de divergência entre os dois textos, num só exemplar, que será depositado nos arquivos do Governo dos Países Baixos, e com base no qual uma cópia certificada conforme ao original será remetida, pela via diplomática, a cada um dos Estados representados na 9.ª sessão da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, e bem assim à Irlanda, Islândia, Liechtenstein e Turquia”.



e abrangência territorial; seus efeitos; incluindo processamento e os idiomas do apostilamento; sua finalidade; as autoridades competentes a materializar o ato, cadastro das mesmas e como elas devem respeitar regras; sua vigência; forma de adesão; e, possibilidade de duração. Ao final, anexou-se o modelo de carimbo que atesta a veracidade da assinatura, tamanhos padrões e os itens informativos que deverão constar no apostilamento (HAIA, 1965b).

Normalmente, em atenção aos princípios da justiça e da boa-fé, os documentos se provam por si mesmos (princípio da *acta probant sese ipsa*), sem maiores necessidades ou debates sobre a sua origem, pois os contratantes ou declarantes se conhecem e geralmente não fazem usos de símbolos mais elaborados ou dotados de fé pública (LOUSSOUARN, 1961). No entanto, documentos públicos exigem que seus elementos sejam certificados por quem lhes está familiarizado, pois seria injusto cobrar que o destinatário, simplesmente tomando contato imediato (*prima facie*) com os mesmos, estivesse a par e pudesse aquilatar a identidade, assinatura e carimbos que os agentes de outro Estado utilizam.

Antes do apostilamento, na legislação interna, os Estados contratantes escolhiam como reputariam válidos e eficazes os atos públicos materializados em documentos que fossem lavrados no fora do país, o que causava desgaste das relações internacionais<sup>5</sup>.

No caso da República Federativa do Brasil optou-se por procedimento chamado genericamente de *legalização de documentos*, dividido em duas espécies: a *legalização* propriamente dita, que é comumente feita perante o Ministério das Relações Exteriores (ou seu substituto) do país em que o documento foi emitido; e, a chamada *consularização*, realizada junto à Repartição Consular do país ao qual o documento surtirá efeitos<sup>6</sup>. Acresça-se que, além dos dois pontos supra, para produzir efeitos perante terceiros em repartições da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios ou em qualquer instância, juízo ou tribunal, os documentos de procedência estrangeira, acompanhados da tradução, devem ser registrados nos Cartórios de Registro de Títulos e Documentos (BRASIL, 1973, art. 129, 6º).

Ainda inseridos no cenário anterior à Convenção, os atos de legalização de documentos eram tidos como burocráticos, caros, demorados e muito formais, por não acompanharem as mudanças do mundo (ARAÚJO, 2014). Os indigitados ministérios e consulados trabalhavam assoberbados em grande volume de documentos, o que se agravou com passar do tempo e o emergir de uma época onde a interconectividade global atinge patamares sem prece-

5 Nesse sentido: “The practice of a legalisation chain is an inconvenience from which international relations suffer. The resulting complexity creates difficulties which have given rise to frequent complaints. For this reason, the Hague Conference on Private International Law welcomed a request from the Council of Europe to think about this problem and to draw up a draft convention” (LOUSSOUARN, 1961).

6 Alguns tratam os termos como sinônimos asseverando que “a legalização ou consularização consiste no ato proveniente de autoridade consular brasileira reconhecer a assinatura de notário ou autoridade estrangeira competente” (KÜMPEL, 2017, p. 1112).

dentem, as pessoas se movimentam com maior frequência entre fronteiras e os comércio e investimentos internacionais circulam em volume aumentado.

Era necessário, portanto, uma solução para o problema que fosse eficiente, pudesse dar conta da demanda quantitativa e qualitativa que só crescia e visasse economia e celeridade propiciadas pelos benefícios da simplificação e da desburocratização, decorrentes da eliminação da exigência de legalização diplomática ou consular de documentos, como aconteceu com a Convenção da Apostila (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

De forma direta, a apostila é uma anotação por meio da qual resta certificado (revestido de fé pública) que um determinado documento público (ou que assuma esse caráter) foi devidamente firmado (autenticidade da assinatura), identificando quem o assinou (informação autêntica sobre o cargo/função do agente ou funcionário) e, por fim, a garantindo autenticidade do selo ou carimbo que nesse constem (autenticidade das estampilhas) (HAIA, 1965b, art. 3º).

Exposto de forma simplificada, o apostilamento físico inicia-se com a expedição no Estado de origem (em seu território) do documento público. Depois, em um processo de apenas um passo a ser seguido pela autoridade competente, será emitida a apostila (verificando a origem da assinatura, capacidade do agente e selos) ainda no Estado de origem, e anexada ao documento (art. 4º da Convenção) com seus dez itens padrões de emissão<sup>7</sup> (segurança jurídica). Posteriormente o documento público estará pronto para produzir efeitos no Estado de destino, após a verificação por autoridade competente para tanto nesse país, que pode ter requerimentos específicos de admissibilidade, forma e valor probante (exemplo: exigência de tradução ou de registro posterior).

Esta autenticidade tem por foco a assinatura do signatário do documento e demais elementos (validade formal) e não “tem o condão de atestar que o conteúdo e a parte substancial do documento estão corretos” (ADAMS, 2012). Além de sua natureza processual, a convenção tem sido apontada como importante mecanismo que exorbita o âmbito dos procedimentos judiciais, podendo ser utilizada para apostilamento de documentos que terão trato perante órgãos administrativos como, por exemplo e dentre outros: os cartórios extrajudiciais, os órgãos municipais e empresas.

Importa mencionar que o apostilamento não se aplica (HAIA, 1965b), a princípio, a documentos privados. No entanto, a alínea “d” do artigo 1º da Convenção deixa a oportunidade de estes serem tidos como oficiais (declarações), desde que assinados e com firma reconhecida (o apostilamento terá por objeto, neste caso, o ato notarial de reconhecimento).

7 São eles: 1. País (Pays); Este documento público (Le présent act public); 2. foi assinado por (a été signé par); 3. agindo na qualidade de (agissant en qualité de); 4. e tem o selo ou carimbo de (est revêtu sceau/timbre de); Reconhecido (Attesté); 5. em (à); 6. a (le); 7. por (par); 8. sob o n.º (sous nº); 9. selo/carimbo (sceau/timbre); 10. Assinatura (Signature) (HAIA, 1965b, Anexo).

Além dessa disposição, o apostilamento veio para funcionar sobre documentos públicos, abarcando nessa adjetivação aqueles provenientes de autoridades ou funcionários vinculados a um Estado, os administrativos e os atos notariais.

No ordenamento jurídico brasileiro a Convenção da Apostila entrou em vigor por meio da promulgação do Decreto n. 8.660<sup>8</sup> (BRASIL, 2016), ou seja, após cinquenta e quatro anos de firmada na Haia. Não por acaso, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 228 (2016), regulando o procedimento de apostilamento frente aos cartórios brasileiros (desde que requeiram e sejam habilitados), buscando sua uniformização, tendo em vista que compete ao Poder Judiciário fiscalizar os serviços notariais e de registro, nos termos do art. 236, §1º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e dos art. 37 e 38 da Lei 8.935 (BRASIL, 1994).

Nesse regramento administrativo os titulares dos cartórios extrajudiciais são eleitos como autoridades competentes no Brasil para apostilamento de documentos públicos produzidos no território nacional, juntamente com as Corregedorias gerais de Justiça e juízes diretores do foro quanto a documentos de interesse do Poder Judiciário e, a Procuradoria-Geral da República quanto aos documentos emitidos pelo Ministério Público<sup>9</sup>.

Além da uniformização do procedimento nos termos apresentados, o país regulou sua unificação através do Sistema Eletrônico de Informações (rubricado como “sei!Apostila”) e, como a certificação apostilar recai sobre elementos específicos, que não abarcam o conteúdo material do documento, o mesmo não adquire valor imediato de prova, pois não atesta se o escrito atentou para o ordenamento jurídico brasileiro, não obrigando, por silogismo, a aceitação por destinatário que esteja sob soberania brasileira.

Esta é a paisagem geral da Convenção e do apostilamento, principalmente no que respeita à sua estruturação, identificação, precedente histórico, valoração, aplicação e validade.

## **Sociedade de Informação e tecnologia**

Para perceber que vivemos imersos na sociedade de informação, basta que se atente para o avanço na circulação de informações em nosso orbe nos

8 O país assinou à Convenção apenas em quatorze de outubro de dois mil e dezesseis (14/10/2016) com a edição do decreto em comento.

9 Informações colhidas do art. 6º da Resolução. A mesma que em seu art. 7º reforça as características da apostila disciplinando que: “I – terá a forma de um quadrado com pelo menos 9 (nove) centímetros de lado; II – constarão do cabeçalho o brasão de Armas da República Federativa do Brasil e a logomarca do CNJ; III – título apenas em francês “Apostille (Convention de La Haye du 5 octobre 1961)””; IV – campos fixos inscritos, redigidos em português, inglês e francês; V – indicar o número sequencial e a data de emissão; VI – constar o nome do signatário do documento público ou, no caso de documentos não assinados, a indicação da autoridade que após o selo ou carimbo, juntamente com o cargo ou a função exercida e a instituição que representa” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

dias atuais, principalmente no eixo quantitativo, o qual atinge padrões sem precedentes e marca diretamente não só a história da humanidade como, também, a economia, a cultura, a própria sociedade e o indivíduo que a constitui.

Nada mais escapa ao poder das informações, que transforma as técnicas para que o processamento e comunicação estimulem o modo de pensar e agir dos seres. Tudo alavancado pela informática<sup>10</sup>, que une a automaticidade à informação (ORTIZ, 2005, p. 13) e geram equipamentos cada vez mais rápidos, menores, intuitivos, de melhor qualidade e com custo que se busca baratear. Sem olvidar da inteligência artificial (aquela que se pode extrair do processo e aquela que a máquina perfaz de forma automática, quase espontânea).

Esse processo de mudança radical marcado pelo uso da tecnologia, especificamente no campo econômico, leva alguns a defender que vivemos a quarta revolução industrial (indústria 4.0), baseada na evolução digital (SCHWAB, 2016, p. 16), fruto das revoluções da indústria (iniciadas na segunda metade do século XVIII) que mudaram a força do trabalho do ser humano para a máquina, iniciando com o uso da máquina à vapor e ferrovias (primeira), passando pela eletricidade que permitiu as linhas de produção nas fábricas (segunda), e chegando aos semicondutores e os computadores (terceira).

A quarta revolução industrial quer que a própria máquina se preste a alcançar uma solução aos processos físicos (processos inteligentes: sistemas ciber-físicos) com o uso da internet das coisas (conectar coisas e não pessoas) e da computação em nuvem (*cloud computing*: computação que colmata capacidade e armazenamento de dados sem integração humana direta) (SCHWAB, 2016; HERMANN, 2015).

O impacto na vida das pessoas é notório, pois há direta mudança na mentalidade e, na prática, as rotas conhecidas para resolução de problemas se modificam drasticamente, principalmente pela velocidade acelerada em constante evolução, que a informática tem seguido, obedecendo ao ritmo previsto na Lei de Moore (aquela que busca projetar a tendência histórica entre a indústria de microchips e o processamento de computadores, observando que o número de transistores dos chips teria aumento de cem por cento, com o mesmo custo, a cada período de dezoito meses - DISCO, MEULEN, 1998, p. 206 e 207).

## **Emprego da tecnologia ao apostilamento: e-APP, e-Apostille e e-Register**

Documento pode ser juridicamente definido como o suporte “no qual são descritos, representados ou narrados atos ou negócios jurídicos” (RIZZARDO, 2007, p. 719), podendo englobar, segundo o Código de Processo Civil brasileiro, “qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie” (BRASIL, 2016, art. 422, *capu-*

---

10 E, de modo vertiginoso, pela rede mundial de computadores – internet.

d)<sup>11</sup>.

Reforçando o já apontado a respeito, a tecnologia proporcionou a criação e ampla utilização dos documentos digitais, numa tendência que só aumenta e se finca na desmaterialização das informações, pois representam um grau mais alto de tecnologia e são fáceis de criar, transmitir e armazenar.<sup>12</sup>

Unindo uma ideia à outra (documento digital e tecnologia da informática) chegamos ao apostilamento eletrônico (e-APP). Aqui o documento público será produzido por autoridade competente em formato digital e, para que tenha validade noutro país, poderá ser apostilado (ou seja, será emitido certificado de apostila em formato eletrônico, com assinatura digital, chamado e-Apostille). No país de destino, a autoridade competente acessará a base de dados (geralmente *online*) e verificará os padrões de segurança registrados (e-Register) conforme art. 7º da Convenção. O e-Registrar tem três níveis diferentes de verificação: o básico, que tem por objetivo saber se o documento preenche ou não os requisitos supra citados; o intermediário, que analisa os dados fundamentais da apostila e/ou do documento público subjacente numa comparação visual ao documento registrado; e, por fim, o avançado, onde ocorre propriamente a validação de assinatura digital de apostila e/ou do documento público que lhe deu origem.

O programa de apostila eletrônica passa por constante debate e atualização, para tentar acompanhar o avanço tecnológico rompante, sendo que o último se deu no Brasil (11º Fórum), já tendo ocorrido em outras cidades como: Las Vegas, Washington D.C., Los Angeles, New Orleans, Londres, Madrid, Izmir, Motevideo, Hong Kong e Haia.

Foi nessa oportunidade, em outubro de 2019, que estiveram em reunião representantes da Secretaria Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, do Ministério das Relações Exteriores, do Conselho Nacional de Justiça e da Associação de Notários e Registradores, e mais trezentos e cinquenta especialistas (de mais de quarenta partes contratantes),

---

11 No entanto, para efeito desse breve artigo e seu objetivo, o documento assume porção eletrônica e digital, usando essas palavras como sinônimas para melhor compreensão (como o faz a doutrina externa, tanto que a Convenção prefixou a palavra apostile com o “e-”), mas não se ignora que documento eletrônico seja a “informação registrada, codificada em forma analógica ou em dígitos binários, acessível e interpretável por meio de um equipamento eletrônico”, enquanto que o digital seja a “informação registrada, codificada em dígitos binários, acessível e interpretável por meio de sistema computacional” (CONSELHO NACIONAL DE ARQUIVO, 2014, p. 19). O conceito de documento digital parece ser maior e abarcar o de eletrônico para fins desse estudo, pois o documento que aqui se estuda é aquele que é codificado em dígitos binários cujo acesso se dá por meio computacional: uma fita VHS (analógica) não pode ser apostilada.

12 Basta que se recorde da máquina de escrever tradicional e mecânica, que já foi considerada um avanço em épocas pretéritas, e que hoje pode ser analisada como um instrumento que pouca margem de erro dava ao autor que não poderia editar, corria o risco de sujar a folha com tinta e amassar o papel, além da necessidade do envio deste e de manter uma cópia como documento arquivístico, aquele “criado por uma pessoa física ou jurídica no decorrer de atividades práticas como instrumento ou subproduto dessas atividades” (DURANTI, 2002, p. 11).

para debater as melhores práticas e informações sobre os desenvolvimentos da apostila eletrônica (e-APP) pelo mundo, além de firmar o lançamento oficial da plataforma da e-APP (agrupada ao sei!Apostila) pelo país anfitrião.

## **Documentação, Convenção, Direitos Humanos, e-APP e tratamento de dados**

As tecnologias só se impulsionam se tiverem campo para progredir no que tange ao armazenamento (aumento da capacidade e barateamento) e à transmissão (conexão imediata) de algo muito importante: os dados, que estão intimamente ligados aos seres humanos, pois é partir da relação destes com as tecnologias que os dados são criados e efetivamente existem.

Assim, o princípio da autonomia privada e o direito à intimidade do indivíduo não podem estar adstritos somente aos aspectos negativos que protejam os particulares da intromissão estatal, necessitando de uma dinâmica positiva (legislativa) que regule a esfera privada, pois os dados<sup>13</sup>, como elementos essenciais que são, modificam o próprio sistema de produção capitalista, que vem se alicerçando no acúmulo desses elementos para controlar e dar maior eficácia aos meios de produção (SILVA, 2014, p. 25), nem sempre respeitando a privacidade para alcançar o objetivo do lucro.<sup>14</sup>

Então, os dados, que são a mina de ouro do sistema econômico capitalista atual<sup>15</sup>, dos próprios sistemas de governo e até da governança global (imbricando jurisdição, internet e dados), demandam proteção no plano internacional e nacional, pois é a partir do tratamento deles que se gera informação e conhecimento aptos a atender os mais variados fins. Na esfera internacional, lembrando, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) elevam a privacidade à magnitude de direito humano.

Ademais, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 1980) lançou um documento intitulado “*Guidelines on the Protec-*

---

13 O filme “O Dilema das Redes”, da Netflix (2020) revela que os seres humanos é que são os verdadeiros produtos, nesse documentário que trata dos vícios tecnológicos e da manipulação das redes sociais, trazendo no elenco, entre outros: Tristan Harris, ex-designer ético do Google; Tim Kendal, ex-presidente do Pinterest; Justin Rosenstein, ex-engenheiro do Facebook; Roger McNamee, investidor em tecnologia, e Jaron Lanier, cientista da computação e autor de “Dez argumentos para você deletar agora suas redes sociais”.

14 Por vezes, o lucro vem justamente com a venda não de um produto manufaturado, mas tão somente de dados; além disso, lembre-se que, por meio deles, até mesmo governos sofrem retaliações se mau utilizados, bastando lembrar o Caso Assange do Wikileaks (DEUTSCHE WELLE, 2019) ocorrido há alguns anos, que versava sobre o abusos e desrespeito aos direitos humanos mais essenciais ocorrido no Campo Delta, na base americana em Guantánamo-Cuba

15 Interferindo diretamente no eixo da vida privada e das empresas como entes jurídicos personalizados, ainda, alicerçando o próprio governo, que através do Big Data (SCHÖNBERGER; CUKIER, 2013) pode controlar os particulares (ditadura dos dados) e abusar de poder.

*tion of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*<sup>16</sup>, fixando princípios básicos para fluxo de informações e, embora seu caráter não obrigacional, traça diretivas de cooperação internacional para facilitar a troca de informações e assistências mútuas (parte cinco), enaltecendo o fluxo livre de dados, que só pode ocorrer mediante restrições legítimas. Ainda, a legislação da União Europeia foi a primeira a positivar um documento supranacional (Diretiva nº 95/46/EC, 1995) que buscava dar conta à proteção da privacidade no que respeita ao uso dos dados da pessoa humana<sup>17</sup>.

No plano nacional, embora a Constituição da República (BRASIL, 1988) não faça menção expressa à proteção de dados, pode-se, por interpretação, alcançá-la pelas previsões existentes nos direitos e garantias fundamentais da inviolabilidade à privacidade (art. 5º, X) e *habeas data* (art. 5º, inciso LXXII).

Na esteira infraconstitucional brasileira a preocupação com a privacidade vinha expressa de forma acanhada nos sigilos bancário (BRASIL, 2001) e fiscal (BRASIL, 1966, art. 195), na Lei do *Habeas Data* (BRASIL, 1997) e do Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014). Neste encontramos o ancoradouro que versa sobre a proteção e a transferência de dados de forma internacional (art. 11) pela rede.

A proteção específica do que se aborda veio com a recente Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018) para abrigo dos dados pessoais e sensíveis.

No âmbito dos cartórios extrajudiciais, onde mais ocorrem os apostilamentos, uma das questões que se levanta sobre a matéria é a ponderação entre a publicidade, característica direta dos registros públicos, e a privacidade. Essa equação ao que nos parece e salvo melhor juízo, poderia encontrar possível entrave no uso de dados via apostilamento eletrônico e o direito da pessoa em suspender a transferência de seus dados a outras entidades. Mas isso nos parece vencível por dois argumentos: a uma, a espécie de publicidade dos registros públicos é indireta (mediante certidão), não sendo todo tipo de informação que poderá ser publicizada (além do mais, o apostilamento é uma certificação); e, a duas, o notário ou oficial, quando do apostilamento eletrônico, utilizam uma central, a sei!Apostila, mantida e gerida pelo Conselho Nacional de Justiça e o acesso às informações se faz, no Brasil, de forma oblíqua, mediante acesso à página específica da *internet* e fornecendo os códigos verificador e CRC constantes do documento.

Vencido esse ponto, a atenção aos dados sensíveis, principalmente nos cartórios de registro civil das pessoas naturais e tabelionatos de notas, deve ser redobrada quando o documento a ser gerado puder envolver um apostilamento que, de alguma forma exponha a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado ge-

16 Diretrizes sobre Proteção da Privacidade e o Fluxo Transnacional de Informações Pessoais.

17 De índole mais aberta, deixando ao mercado uma espécie de livre negociação e respeito.

nético ou biométrico. De bom alvitre, nesse passo, o consentimento do titular dos dados quando em jogo algum desses dados (princípio da autodeterminação informativa). Os titulares dos cartórios devem estar atentos, portanto, à segurança dos dados e às boas prática e governança de dados pessoais, prezando pela minimização de seu uso e transparência, como agentes de tratamento que são.

Não há, especificamente, uma ordenação brasileira que estabeleça o procedimento e os requisitos para que ocorra compartilhamento de dados entre Estados-Nações, mas pode-se apontar dois Decretos, de números 10.046 e 10.278 (BRASIL, 2019 e 2020), que detalham esse compartilhamento entre órgãos públicos e estabelecem padrões para que documentos públicos e privados produzam o mesmo efeito que os originais físicos, além de uma Resolução, nº 2 (BRASIL, 2020) anexa ao primeiro decreto citado, que elenca os requisitos de segurança, forma e meio de publicação de documentos digitais. Some-se a isso a Lei que dispõe como os documentos desse tipo devem ser arquivados, de n. 12.682 (BRASIL, 2012).

## **Apontamentos finais**

Feitas essas ponderações, embora a brevidade desse artigo, esperamos tenha ficado claro que é possível fazer uma ponderação entre documentação, a Convenção da Apostila, o apostilamento eletrônico e o tratamento de dados, todos com ponto de inflexão nos direitos humanos, pois além do fato de que os citados tenham em sua base a pessoa humana:

1. a Convenção busca ser um meio de cooperação internacional que, ao instituir o apostilamento, possibilitou que um documento alcançasse outro país, suprimindo a necessidade de sua legalização, fortalecendo as relações internacionais entre os países contratantes, tornando o procedimento mais uniforme, eficiente, célere barato e menos formal e burocrático. Com o adendo que, no Brasil, ante a normativa que delega principalmente aos cartórios extrajudiciais a incumbência de realizar a apostila, ganha-se também com o acesso ao serviço (capilaridade), modernidade, confiabilidade (fé pública) e segurança jurídica;
2. em atenção à sociedade de informação, sua evolução e desafios, a possibilidade de uso do apostilamento eletrônico (e-APP), com a e-Apostille e o e-Register, permite que os documentos digitais tenham o mesmo tratamento dispensado aos físicos no tráfego internacional, indicando uma tentativa de acompanhamento das novas tecnologias por meio da fluência que a comunicação informática garante, reduzindo espaço e tempo;
3. existe uma série de espécies normativas, de matriz internacional e nacional, que protegem a privacidade e garantem a autonomia privada quando do uso da apostila eletrônica, garantindo que os dados



coletados e manipulados pelos agentes de tratamento não servirão ao sistema capitalista pela obtenção de lucro de per si e não exporão ilegalmente a privacidade das pessoas; e,

4. o comprometimento com a proteção e manutenção da dignidade, alicerçada na história com o uso de muita luta e derramamento de muito sangue<sup>18</sup> (direitos humanos), consubstanciado em declarações e pactos internacionais, além das previsões constitucionais e infraconstitucionais (que chegaram em boa hora ante a evolução da informática sem precedentes), enaltecem a segurança jurídica interna e externa que o apostilamento eletrônico perfaz.

## Referências

ADAMS Jr. James W. **The Apostille in the 21st century: international document certification and verification.** Houston Journal of International Law. Houston, v. 34, n. 3, 2012.

ARAÚJO, Nadia de. SPITZ, Lídia. NORONHA. O processo de legalização de documentos. **Valor Econômico.** São Paulo: Organizações Globo. 06/02/2014. Disponível em <<http://www.pixfolio.com.br/arq/1392332852.pdf+%&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 11 setembro 2020.

BELLOTTO, Heloísa Liberalli. **Arquivos permanentes: tratamento documental.** 4. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. Prefácio. In: TOLEDO, Plínio Fernandes. **A Astúcia da dialética: o desvio em Guy Debord.** São Paulo: LiberArts, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 228, de 22 de junho de 2016.** Regulamenta a aplicação, no âmbito do Poder Judiciário, da Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2299>>. Acesso em: 11 setembro 2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição 1988.** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 8.660, de 29 de janeiro de 2016.** Promulga a Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/d8660.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8660.htm)>. Acesso em: 11 setembro 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019.** Dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D10046.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10046.htm)>. Acesso em: 11 setembro 2020.

<sup>18</sup> Não se esqueça que devemos estar atentos para evitar retrocessos, principalmente em “tempos eletrônicos”, dos direitos que devemos proteger. Precisamos ser astutos, sendo a “*astutia*, signo latino expandindo-se em manifestações sofisticadas que permeiam o inverossímil dos estratagemas humanos, no universo das ilicitudes, das defesas, das percepções, da sagacidade hábil ao detectar os manejos ilusórios de denominações estúpidas numa composição calcioscópica da engenhosidade humana” (BOUCAULT, 2015, p. 9)

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 10.278, de 18 de março de 2020.** Estabelece a técnica e os requisitos para a digitalização de documentos públicos ou privados. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.278-de-18-de-marco-de-2020-248810105>>. Acesso em: 11 setembro 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm)>. Acesso em: 11 setembro 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm)>. Acesso em: 11 setembro 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.035, de 18 de novembro de 1994.** Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm)>. Acesso em: 11 setembro 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997.** Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9507.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9507.htm)>. Acesso em: 11 setembro 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012.** Dispõe sobre a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12682.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12682.htm)>. Acesso em: 11 setembro 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 11 setembro 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm)>. Acesso em: 12 setembro 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.** Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm)>. Acesso em: 11 setembro 2020.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 2, de 16 de março de 2020.** Dispõe sobre as orientações e as diretrizes para a categorização de compartilhamento de dados. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2-de-16-de-marco-de-2020-249025238>>. Acesso em: 11 setembro 2020.

CONSELHO NACIONAL DE ARQUIVO. **Glossário Documentos Arquivísticos Digitais.** 2014 - 6ª Versão. Disponível em <[www.conarq.gov.br/images/ctde/Glossario/2016\\_glosctde.pdf+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://www.conarq.gov.br/images/ctde/Glossario/2016_glosctde.pdf+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em 03 out 2020.

DESJARDINS, Jeff. **How much data is generated each day? World Economic Forum.** 2019. Disponível em <<https://www.weforum.org/agenda/2019/04/how-much-data-is-generated-each-day-cf4bddf29f/>>. Acesso aos 11/10/2020.

DEUTSCHE WELLE. **Entenda o caso Assange e Wikileaks fato a fato.** 2019. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/mundo/entenda-o-caso-assange-e-wikileaks-fato-a-fato/>>. Acesso em: 09 outubro 2020.

DISCO, Cornelius; MEULEN, Barend van der (1998). **Getting new technologies together.** New York: Walter de Gruyter, 1998.

DURANTI, Luciana; EASTWOOD, Terry; MACNEIL, Heather. **Preservation of the integrity of electronic records.** Dordrecht: KluwerAcademic, 2002.

HAIA. **Conferência de Direito Internacional Privado, de 15 de julho de 1955.** Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=29>>. Acesso em 09 out 2020; - Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=41>>. Acesso em 09 out 2020b; - Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=41>>. Acesso em 09 out 2020c.

HERMANN, Mario, PENTEK, Tobias, OTTO, Boris. **Design Principles for Industrie 4.0 Scenarios,** 2015. Disponível em <[http://www.snom.mb.tu-dortmund.de/cms/de/forschung/Arbeitsberichte/Design-Principles-for-Industrie-4\\_0-Scenarios.pdf](http://www.snom.mb.tu-dortmund.de/cms/de/forschung/Arbeitsberichte/Design-Principles-for-Industrie-4_0-Scenarios.pdf)>, Acesso em 03 out 2020.

KÜMPEL, Victor Frederico *et al.* **Tratado Notarial e Registral vol. IV.** 1ª ed. São Paulo: YK Editora, 2017.

LOUSSOUARN, Yvon. **Explanatory Report on the Hague Convention of 5 October 1961, Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents.** 15 April 1961. Disponível em:< <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=52> >. Acesso em 09 out 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível na Biblioteca Virtual das Nações Unidas: [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf). Acesso em 22 set 2020.

\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966.** Disponível em: <[www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado5.htm+%&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado5.htm+%&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 30 set. 2020.

OCDE, **Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data.** Disponível em: <<http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandTransborderFlowsOfPersonalData.htm#part3>>. Acesso: 11 de outubro de 2020.

ORTIZ, Concepción Conde. **La protección de datos personales: um derecho autónomo com base em los conceptos de intimidad y privacidad.** Madrid: Dykinson, 2005.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO, **Diretiva 95/46/CE, 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://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>>. Acesso em 09 out 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas.** 3º ed. São Paulo: Forense, 2007.

SCHÖNBERGER, Viktor Mayer-; CUKIER, Kenneth. **Big data**: Como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana Editora Elsevier, 2013.

SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. **Proteção de dados e cooperação transnacional**: teoria e prática na Alemanha, Espanha e Brasil. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

THE SOCIAL DILEMMA (O DILEMA DAS REDES). Jeff Orlowski. **Estados Unidos da América**. Netflix, 2020.

VÁZQUEZ, Javier Barnes. Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas. Em **Innovación y reforma em el derecho administrativo**. Coordenação de Javier Barnes Vázquez. Sevilla: Derecho Global, 2006.

# TECNOLOGIA E INOVAÇÃO: O USO DA GEOLOCALIZAÇÃO NO COMBATE DO CORONAVÍRUS E O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE DOS CIDADÃOS BRASILEIROS

**Leticia Amorim Marques Pereira**

Advogada e Mediadora; Graduada em Direito pelo Centro Universitário Uniseb- Estácio-Ribeirão Preto; Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho na Faculdade Damásio Educacional de São Paulo; Pós-Graduada em Direitos Humanos pelo *Instituto Ius Gentium Conimbrigae* (IGC/CDH) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra- Portugal

## **Resumo:**

A atual pandemia que o mundo está enfrentando devido ao COVID19, gerou uma crise global inesperada. Em pouco tempo foi capaz de mudar drasticamente a organização de cada país, afetando diretamente a saúde, educação, economia etc., restando a cada nação ter de se adaptar e controlar a situação. A OMS, com a finalidade de minimizar e controlar a disseminação do vírus recomendou o isolamento e distanciamento social. Para controlar a pandemia, os Estados começaram a contar com o apoio de meios tecnológicos, como o uso da geolocalização, para que pudessem obter dados mais precisos sobre a circulação de pessoas e distribuição de fluxos de dados, sendo importante na contenção do vírus de forma eficiente. O trabalho tem por desígnio mostrar, através da realidade brasileira, a possibilidade da coleta de dados pessoais pelos meios tecnológicos, em especial uso da geolocalização, sendo fornecidos e utilizados como aliado ao combate da pandemia, protegendo a privacidade de cada indivíduo.

**Palavras-chave:** Tecnologia; Pandemia Mundial; Geolocalização; Direitos Humanos; Privacidade.

## **Introdução**

O presente trabalho analisa sobre como fica a questão da privacidade com o uso da geolocalização no combate a atual da situação de calamidade que o mundo está passando com o novo coronavírus, doença denominada Covid19, que teve o condão de transformar o mundo, afetando a saúde, educação, economia, política e cultura de cada país em um curto período.

Segundo a OMS, um dos meios mais eficazes de conter o vírus é o isolamento social, impedindo que a disseminação do vírus seja em alta velocidade, fato este que levou cada país a adotar sua própria política e meios de contenção, além de criar métodos e tomar medidas para auxiliar no combate e controle do COVID-19.

O meio tecnológico é um dos maiores aliados ao combate ao novo vírus, este artigo abordará especificamente o uso da geolocalização presente em smartphones e outras plataformas de acesso à internet com a finalidade de evitar a propagação do vírus através do monitoramento da população. Ao utilizar os meios tecnológicos como aliado, é importante observar as medidas de controle que serão aplicadas, considerando medidas de segurança, leis específicas de proteção aos dados pessoais, direitos humanos, dentre outras, pois caso não sejam consideradas, podem atingir diretamente os dados pessoais de um indivíduo afetando diretamente o seu direito fundamental da privacidade.

A privacidade é explanada no artigo 12 da Declaração dos Direitos Humanos, sendo um dos temas principais do regimento legal, diretamente ligado à dignidade da pessoa humana. A violação da privacidade traz consequências irremediáveis tanto no presente quanto no futuro. Diante da situação apresentada, pergunta-se: É possível que ocorra a coleta de dados pessoais por meio da geolocalização, como aliado ao combate à pandemia, sem que atinja o direito à privacidade dos indivíduos?

## **Direito Fundamental da Privacidade**

Considerando que o essencialíssimo dos direitos fundamentais do homem demanda de um regime de direito que assegure a sua proteção e efetividade, foi proclamada em 10 de dezembro de 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu preâmbulo verificamos o ideal de proteger indivíduos e grupos contra qualquer ato que interfira ou afronte sua liberdade fundamental e sua dignidade humana.

O Conceito de Direitos Humanos é bem definido pelas Nações Unidas do Brasil:

Os direitos humanos são comumente compreendidos como aqueles direitos inerentes ao ser humano. O conceito de Direitos Humanos reconhece que cada ser humano pode desfrutar de seus direitos humanos sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outro tipo, origem social ou nacional ou condição de nascimento ou riqueza<sup>1</sup>.

Ao longo dos últimos anos, questões atuais relacionadas à nova era digital surgem a cada dia, nos aproximando cada vez mais ao conceito de privacidade e mostrando a necessidade de sua proteção, em especial na atual era tecnológica, na qual a comunicação e a coleta de informações caminham em

1 Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>

alta velocidade, podendo gerar inseguranças e atingir a vida particular de cada indivíduo. Na época da elaboração da Declaração, a era digital e tecnológica não eram cotidianas, porém, desde os primórdios de sua elaboração, o direito à privacidade foi um dos direitos fundamentais estabelecidos nela, estando diretamente relacionado à proteção da dignidade humana, e foi explanado no seu artigo 12, o qual estabelece que: *“Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar, ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”*.<sup>2</sup>

A privacidade na era digital vem trazendo preocupações, em especial pela vulnerabilidade que cada indivíduo se coloca diante da facilidade de comunicação e de seu monitoramento pelas vias tecnológicas. O uso de smartphones é muito comum atualmente, assim como o fácil acesso a diversos sites de compras online, aplicativos, redes sociais, imediata comunicação entre indivíduos, GPS etc. O que um simples aparelho eletrônico é capaz de fazer, nos leva a perceber ser uma inovação incrível que vem ganhando espaço no mundo, mas por outro lado, nos leva a uma exposição de informações descomunal, que pensando na conjuntura de informações tratadas, afetam diretamente a vida privada de cada ser humano exposto.

No Brasil, recentemente entrou em vigor a Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais, LGPD, nº 13.709/2018. A lei dispõe sobre o tratamento dos dados pessoais, visando proteger os direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. O tema privacidade ganha importante espaço na nova Lei, que busca sua proteção e respeito quando o assunto envolve tratamento de informações pessoais. No tratamento dos dados, deve-se observar a segurança, autenticação e anonimização dos dados, além de garantir que ele ocorra de acordo com alguma base ou fundamentação legal para evitar a violação de qualquer Direito Fundamental.

O uso da tecnologia como ferramenta de vigilância digital foi um dos meios adotados para monitorar e controlar a disseminação do novo vírus COVID-19, doença que parou o mundo e despertou pânico geral, sendo assim, ela se tornou importante aliado neste combate uma das maiores pandemias mundiais.

## **Pandemia**

Em meados de março de 2020, surgiu nova doença na China, que se disseminou de forma acelerada pelo mundo, atingindo quase todos os países e orquestrando uma pandemia mundial (classificação usada para descrever o

---

2 Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-12-direito-a-privacidade/>

crescimento inesperado de uma doença em âmbito global)<sup>3</sup> 4. Este novo tipo de vírus ficou conhecido como COVID-19, segundo matéria disponibilizada no site do Ministério da Saúde do Brasil<sup>5</sup>, é uma doença causada pelo coronavírus, denominado SARS-CoV-2, que apresenta espectro clínico variando de infecções assintomáticas a quadros graves. A transmissão do vírus é rápida e instantânea, bastando que haja o contato da pessoa com objetos ou indivíduos já contaminados com o vírus, através de simples toque de mão, pelo espirro, gotículas de saliva, tosse dentre outras formas de contaminação.<sup>6</sup>

Dentre as medidas de contenção e preventivas de contaminação do vírus, a Organização da Saúde<sup>7</sup> adotou o isolamento social como uma das melhores alternativas para conter a propagação do vírus. “Essas medidas que atingem toda a sociedade são difíceis”, disse o diretor de emergências da OMS. Mas Michael Ryan destacou que, no momento, restrições à circulação são única forma que governos têm para conter a propagação do vírus.”<sup>8</sup>

Por conta da pandemia e diante da restrição de se locomover para evitar a aglomeração das pessoas e a conseqüente disseminação do vírus, um dos meios tecnológicos que acabou se tornando forte aliado ao combate ao novo coronavírus, atuando de forma preventiva, foi o uso da tecnologia como ferramenta eficaz para monitorar as pessoas.

O governo chinês, por exemplo, adotou um aplicativo que atribui um código de cores (verde, amarelo ou vermelho) aos usuários, podendo restringir sua liberdade de circulação a depender do risco que representam para o contágio da doença.<sup>9</sup>

O Taiwan criou uma tecnologia chamada de “cerca eletrônica”, que rastreia dados de telefones celulares e alerta as autoridades quando alguém que deveria ficar em quarentena está saindo de casa. “O objetivo é impedir que as pessoas circulem e espalhem a infecção”, disse Jyan Hong-wei, chefe do Departamento de Segurança Cibernética de Taiwan.<sup>10</sup>

3 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm)

4 Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/03/13/qual-foi-a-ultima-pandemia-mundial>

5 Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>

6 Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>

7 Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/03/30/oms-reforca-que-medidas-de-isolamento-social-sao-a-melhor-alternativa-contr-o-coronavirus.ghtml>

8 Disponível em: <https://www.msn.com/pt-br/noticias/tecnologia/coronav%20adrus-uso-de-dados-de-geolocaliza%20a7%20a3o-contr-a-pandemia-p%20b5e-em-risco-sua-privacidade/ar-BB12ZUDq>

9 Disponível em: <https://content.inloco.com.br/hubfs/Estudos%20-%20Conte%20C3%BAado/Coronavirus/Meios%20de%20controle%20a%CC%80%20pandemia%20da%20COVID-19%20e%20a%20inviolabilidade%20da%20privacidade.pdf?hsCta-Tracking=ad1577ba-e5bc-4ff3-afdd-54a896891088%7C07ab4d6b-53d3-4a06-9f43-fb-43621df88f&hslLang=pt;>

10 Disponível em: <https://content.inloco.com.br/hubfs/Estudos%20-%20Conte%20C3%BAado/Coronavirus/Meios%20de%20controle%20a%CC%80%20pandemia%20da%20COVID-19%20e%20a%20inviolabilidade%20da%20privacidade.pdf?hsCta->



No Brasil, o uso de dados de geolocalização foi considerado por especialistas ainda menos invasivo. Sob a justificativa de que haveria riscos à privacidade, o atual presidente determinou que o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) interrompesse qualquer tratativa com operadoras de telefonia para uso dessas informações pelo governo federal. Porém, alguns Estados e municípios estão usando a tecnologia a seu favor, por meio da geolocalização como ferramenta de controle e combate da doença.<sup>11</sup>

## **Inovação Tecnológica no Combate à Pandemia: Uso da Geolocalização**

A denominação “inovação” vem de uma ideia, método ou objeto que foge dos padrões anteriores. A tecnologia vem se fazendo presente cada vez mais na sociedade, se tornando um dos maiores meios facilitadores de comunicação entre qualquer tipo de relação, sendo aliada do ser humano em várias áreas, como: na área da saúde, cultural, mercantil e geográfica.

O conceito de geolocalização vem do rastreamento do local de origem geográfica, onde informações são extraídas a partir de um terminal conectado à internet, como exemplo: computador, celular, tablete etc.<sup>12</sup>O uso desta tecnologia, no momento em que é sugerido o distanciamento social, é importante para adoção de medidas contra o Covid-19, sendo um acréscimo eficaz na elaboração de Políticas Públicas, como ações de conscientizações.<sup>13</sup>

A coleta de dados e outras informações associadas diretamente aos indivíduos, como por exemplo: histórico de saúde, condições financeiras e localizações, com a finalidade de minimizar os danos e prejuízos causados pela pandemia, se não proteger e resguardar os dados pessoais coletados, podem atingir a dignidade da pessoa e violar direitos humanos universais e garantias fundamentais.

É importante que as medidas de controle aplicadas sejam observadas e desenvolvidas pensando desde o início na segurança da informação e na proteção dos dados pessoais. Caso a coleta de dados seja realizada de maneira indevida, pode afetar dentre vários direitos resguardados por lei, o direito fundamental da privacidade dos indivíduos. A coleta de dados pode levar a identificação do seu titular sem o seu consentimento ou sem uma base legal fundamentada, acarretando a violação de sua privacidade. Por outro lado, se a ferramenta for criada desde a fase de desenvolvimento levando em conside-

---

Tracking=ad1577ba-e5bc-4ff3-afdd-54a896891088%7C07ab4d6b-53d3-4a06-9f43-fb-43621df88f&hslLang=pt;

11 Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/bbc/2020/04/21/coronavirus-uso-de-dados-de-geolocalizacao-contr-a-pandemia-poe-em-risco-sua-privacidade.htm>

12 Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/o-que-e/3659-o-que-e-geolocalizacao-.htm>

13 Disponível em: <https://estado.rs.gov.br/geolocalizacao-e-ferramenta-eficaz-para-monitorar-aglomeracoes-durante-pandemia>

ração a importância da anonimização dos dados, se atentando a segurança da informação, pensando desde a concepção nas consequências que aquele tratamento de dados poderá gerar, o uso da tecnologia pode ser um aliado ao combate nestes tempos indefinidos que a sociedade vem enfrentando e ao mesmo tempo consegue manter o anonimato dos titulares, assegurando o direito fundamental da privacidade.

A empresa *InLoco*<sup>14</sup> companhia brasileira de segurança digital, criou sua própria tecnologia que auxilia no combate à pandemia através da sua tecnologia. São desenvolvidas algumas soluções que podem ser utilizadas por prefeituras, governos, secretarias da saúde etc. Através da geolocalização, além de não relacionar as informações de geolocalização com a pessoa natural ou identificável, é uma diretriz para que recursos de saúde, segurança e comunicação sejam aliados na contenção do vírus, garantindo a privacidade e anonimato.<sup>15</sup>

A *In Loco* criou sua própria tecnologia de modo que rastreia individualmente os usuários sem que tenha acesso a qualquer tipo de informação identificável. Desta forma, a empresa preza pela privacidade dos indivíduos. Com isso, essas análises, permitem que haja um direcionamento para implementar políticas de saúde, conscientização e segurança.<sup>16</sup>

Segundo o CEO da empresa, André Ferraz: “Queremos mostrar para o mundo que é possível ter localização e privacidade, que é possível fazer uso consciente e ético de dados”, disse Ferraz.<sup>17</sup>

O método utilizado pela empresa, muito admirável, foi criado e pensado justamente na proteção dos direitos fundamentais, de forma que o tratamento dos dados não relaciona as informações coletadas na geolocalização com a pessoa natural e identificável, preserva a privacidade e anonimato de cada indivíduo, estabelecendo dados estatísticos apenas, desta forma, cumprindo o Princípio da transparência, garantindo sempre informações claras e precisas e o Princípio da necessidade, no qual se trata sobre as informações apenas necessárias, dispensando os dados excessivos e desnecessários.

O uso da geolocalização, permite que os Estados obtenham acesso a dados mais precisos sobre a circulação de pessoas, áreas mais afetadas e de maior risco, sendo essencial à formulação de políticas públicas e iniciativas privadas para a contenção do vírus de forma mais eficiente preservando os direitos.

Um exemplo de mapa disponibilizado para a população no site da empresa, para que qualquer indivíduo possa acompanhar o índice nacional de isolamento social por Estado: <sup>18</sup>

14 Disponível em: <https://www.inloco.com.br/>

15 Disponível em: <https://www.inloco.com.br/covid-19>

16 Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52357879>

17 Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52357879>

18 Disponível em: <https://mapabrasileirodacovid.inloco.com.br/pt/>



Na formulação de políticas públicas, as estatísticas públicas cumprem papel essencial ao dimensionar as questões sociais da sociedade.<sup>19</sup> As informações estatísticas, como as estruturadas a partir das informações colhidas pela geolocalização, têm importante papel na elaboração e efetividade de políticas públicas, pois elas dependem de séries extensas de fatores relevantes nas fases de implementação e análises específicas.

Neste momento crítico pandêmico, ter uma tecnologia baseada na coleta de dados seguros e não identificáveis em consonância e resguardo do direito fundamental da privacidade, pode levar a resultados positivos e permitir que o governo e/ou instituições de pesquisas, formulem políticas de saúde, conscientização e segurança para contenção do vírus. A comunhão entre saúde, tecnologia e privacidade pode gerar importantes vantagens no quadro pandêmico que o mundo enfrenta.

## Conclusão

A proteção da privacidade na nova era digital vem trazendo preocupações. Em especial pela vulnerabilidade que cada indivíduo se coloca diante da facilidade de comunicação e de seu monitoramento pelas vias tecnológicas. A utilização da geolocalização como auxílio aos interessados na contenção do novo coronavírus, também gera questionamentos quanto aos riscos à privacidade, o cumprimento dos direitos humanos fundamentais deve ser exigido e efetivado. É um momento de comunhão entre saúde, tecnologia e privacidade.

<sup>19</sup> Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-30982018000100551&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982018000100551&lng=en&nrm=iso)

de.

A escolha por utilizar um meio tecnológico que vai de encontro com a coleta de dados através da localização dos seus terminais, sem o consentimento do titular ou sem fundamentação legal, pode ser um afronte à privacidade, porém, se o tratamento do dado for pensado e planejado considerando a segurança, autenticação e anonimização dos dados e de seus titulares, se torna automaticamente um forte aliado na busca de estabelecer parâmetros e dados estatísticos que possam ajudar no combate.

Desta forma, é possível que haja soluções tecnológicas seguras e menos invasivas, de forma que assegure a privacidade e proteção dos dados e das informações pessoais coletados ao utilizar a geolocalização como medida auxiliar na contenção do Covid-19. Portanto, ao adotar medidas por meios tecnológicos de mitigação, controle e erradicação da pandemia através do tratamento de dados seguros, garante a privacidade, preservação da identidade da pessoa humana e da dignidade da pessoa humana, sendo uma inovação que deve ser referência e exemplo às atuais e futuras situações caóticas que o país possa a vir enfrentar, sendo considerada como uma nova visão de integração entre tecnologia e privacidade.

Este artigo toma as particularidades da pandemia como uma lente através da qual nos remete a reflexões salientes sobre privacidade, tecnologia e saúde pública. Neste momento crítico pandêmico, ter uma tecnologia na qual se baseia na coleta de dados seguros e não identificáveis em consonância e resguardo do direito fundamental da privacidade, pode levar a resultados positivos baseados nas análises a partir dos dados tratados por meio do sistema da geolocalização na ajuda ao combate a pandemia. Fato este, que resulta na ampla visão da forma como a sociedade vem interagindo com a tecnologia e ao utilizá-la, mostra-se possível preservar os dados e informações pessoais de cada usuário, assegurando e compreendendo sobre os direitos fundamentais, em especial, o da privacidade.

## Referências

CNN Brasil. **Coronavírus: quais foram as últimas pandemias?** Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/03/13/qual-foi-a-ultima-pandemia-mundial>. Atualizado em: 13 de março de 2020.

IN LOCO. **Controle à COVID-19 respeitando a privacidade individual**, Disponível em: <https://www.inloco.com.br/covid-19>. Ano: 2020

IN LOCO. **Mapa brasileiro da COVID-19**. Disponível em: <https://mapabrasileirodacovid.inloco.com.br/pt/>. Ano: 2020.

JANNUZZI, Paulo de Martino. **A importância da informação estatística para as políticas sociais no Brasil: breve reflexão sobre a experiência do passado para considerar no presente**. Scielo Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-30982018000100551&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982018000100551&lng=en&nrm=iso); Ano: 2018.

JORNAL NACIONAL, G1. GLOBO. **OMS reforça que medidas de isolamento social são a melhor alternativa contra o coronavírus.** Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/03/30/oms-reforca-que-medidas-de-isolamento-social-sao-a-melhor-alternativa-contr-o-coronavirus.gh.html>. Atualizado em: 30/03/2020.

KARASINSKI Eduardo. **O que é geolocalização?** TecMundo. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/o-que-e/3659-o-que-e-geolocalizacao-.htm>. Ano da Publicação: 18/02/2010.

LEI 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm).

MICROSOFT NEWS-MSN. **Coronavírus: uso de dados de geolocalização contra a pandemia põe em risco sua privacidade?** Disponível em: <https://www.msn.com/pt-br/noticias/tecnologia/coronav%20-%20adrus-uso-de-dados-de-geolocaliza%20-%20a7%20-%20a3o-contr-a-pandemia-p%20-%20b5e-em-risco-sua-privacidade/ar-BB12ZUDq>. Publicado em: 21/04/2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sobre a saúde.** Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>;

MOURA, Raissa e FERRAZ, Lara. **Meios de Controle à Pandemia da COVID-19 e a Inviolabilidade da Privacidade.** IN LOCO. Disponível em: <https://content.inloco.com.br/hubfs/Estudos%20-%20Conte%20-%20BAdo/Coronavirus/Meios%20de%20controle%20a%20-%20CC%20-%20pandemia%20da%20COVID-19%20e%20-%20a%20-%20inviolabilidade%20da%20-%20privacidade.pdf?hsCtaTracking=ad1577ba-e5bc-4ff3-afdd-54a896891088%7C07ab4d6b-53d3-4a06-9f43-fb43621df88f&chsLang=pt>. Ano:2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Direitos Humanos.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>;

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Direito à Privacidade.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-12-direito-a-privacidade/>;

SCARTON, Suzy e BARROSO, Lucas. **Geolocalização é ferramenta eficaz para monitorar aglomerações durante pandemia.** Governo do Estado do Rio Grande do Sul Disponível em: <https://estado.rs.gov.br/geolocalizacao-e-ferramenta-eficaz-para-monitorar-aglomeracoes-durante-pandemia>; Publicação: 14/04/2020.

SCHREIBER, Mariana. **Coronavírus: uso de dados de geolocalização contra a pandemia põe em risco sua privacidade?** BBC News Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52357879>; Publicação: 21 abril 2020.

UNITED NATIONS. **Universal Declaration of Human Rights.** 1948. Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>;

# INFODEMIA, DIREITOS HUMANOS E A INDÚSTRIA DA DESINFORMAÇÃO DIGITAL

**Anderson Røhe Fontão Batista**

Advogado, Mestre em Análise e Gestão de Políticas Internacionais pelo Instituto de Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, e Pós-Graduando em Direito Digital e Inovação no Setor Público junto à Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio

## Resumo:

O objeto do artigo é a indústria da desinformação digital. Desinformação que não se resume a boatos na internet, mas vai desde a criação de perfis falsos e robotizados à disseminação de notícias distorcidas e manipuladas. A escala da desinformação é global, e países como Brasil e Estados Unidos são os mais impactados pela infodemia ou desinformação generalizada acerca do novo coronavírus. Infodemia que precisa ser combatida, pois além de provocar mortes e atingir os mais vulneráveis, surge como método político e ideológico para influenciar e mobilizar a opinião pública, comprometendo a contenção da pandemia. Fenômeno que não é novo, mas tem se potencializado com as novas tecnologias de informação e comunicação. A hipótese é de que haveria conflito entre o combate à desinformação e a liberdade de expressão. Dicotomia que é equivocada, já que parte da premissa de que seriam bens e direitos imponderáveis. Mas, por meio de salvaguardas e código de conduta, seria possível conciliá-los.

**Palavras-chave:** Desinformação digital; Direitos humanos; Infodemia; Novas tecnologias; Tecnologias de informação e comunicação.

## Introdução

O século XXI é marcado pelo crescente descompasso entre a tecnologia e o Direito, já que este não tem conseguido acompanhar a evolução da chamada sociedade da informação. Hoje há uma enorme preocupação com a dependência em relação às grandes empresas de tecnologia que, em troca da coleta e armazenamento de dados pessoais, garantiriam serviços de maior qualidade e eficiência no âmbito de plataformas digitais, aplicativos de mensagens e mecanismos de busca online. Só que em virtude do conforto e da conveniência proporcionados, as chamadas Big Techs também garantem seu

monopólio a partir do controle no tratamento de dados pessoais e da centralização do fluxo informacional. Mas, em contrapartida, não estariam fazendo o suficiente para garantir maior transparência, segurança e privacidade do ambiente cibernético, sobretudo quanto à escalada de discursos de ódio, racismo e discriminação na internet.

Historicamente, momentos emergenciais de crise, como a da pandemia do novo coronavírus, que demandam uma resposta rápida e eficiente dos governos, são comumente usados como pretexto para uma escalada autoritária e populista. As medidas de contenção da pandemia acabam justificando a flexibilização ou mesmo a supressão de liberdades, garantias e direitos individuais em troca de maior segurança e proteção coletiva. Recorre-se, então, a fórmulas mágicas, apressadas e controversas, muitas delas já testadas anteriormente, mas sem evidências e comprovação técnica-científica suficientes quanto à qualidade e sua eficácia a longo prazo.

Infodemia ou desinformação generalizada acerca da pandemia do novo coronavírus é o estudo de caso. A escalada da desinformação é global, e nações como Brasil e EUA estão entre as mais afetadas pela SARS-Cov-2 (COVID-19), tanto em número de mortes quanto de infectados. Uma tragédia humanitária que não é aleatória e está intimamente relacionada à desinformação digital. Desinformação que não se resume à desordem da informação em virtude de boatos e da fragmentação natural da internet, mas também se origina de uma indústria lucrativa, bem organizada e estruturada, que vai desde a criação de perfis falsos e robotizados à disseminação massiva e sistemática de notícias imprecisas, distorcidas e manipuladas com a intenção maliciosa de enganar e causar dano, em benefício próprio ou de outrem, a fim de atender interesses econômicos, políticos/ideológicos e midiáticos.

Quanto à justificativa da relevância temática, a desinformação precisa ser combatida pois além de poder causar mortes e impactar os mais vulneráveis, expõe a indústria da desinformação digital como método para influenciar e mobilizar a opinião pública, seja pela incitação de violência, seja pela exploração de ódios, ressentimentos e desconfianças que põem em xeque o conhecimento técnico-científico em que se baseiam as políticas públicas. Vindo, assim, comprometer o grau de confiança e legitimidade de autoridades e instituições. O que, com o tempo, mina a própria ordem institucional democrática. Fenômeno que não é novo, mas tem se acelerado e se intensificado com o avanço da transformação digital, sobretudo robótica, inteligência artificial, Big Data e a integração em rede dessas novas tecnologias de informação e comunicação (TICs).

A hipótese é de que haveria um suposto conflito entre o combate à desinformação e as liberdades de expressão, opinião e pensamento na internet, bem como a polarização dos grupos que as defendem. O alegado trade-off, no entanto, é equivocado, já que parte da falácia de que seriam bens, direitos e interesses imponderáveis. Pois, através de salvaguardas, maior regulação e controle social, é possível compatibilizar, no caso concreto, o modelo de ne-

gócios das Big Techs, a ordem democrática, a independência das instituições e a liberdade de expressão não de um grupo, mas de todos os usuários da rede.

A conclusão é no sentido de que vivenciamos um processo de transição civilizatória a partir da transformação digital. Não que robôs e sistemas inteligentes estejam se humanizando, mas os humanos é que estariam se automatizando/robotizando. Logo, as causas e consequências da desinformação são mais profundas e cheias de significado: relacionam-se a um projeto de poder sustentado em necropolítica, biopoder e desumanização. Por isso é importante precisar o tempo, o modo e a finalidade regulatória das novas tecnologias, a fim de que não seja tarde demais. Exige-se, contudo, ponderação, equilíbrio e cautela para não obstar a inovação e o progresso advindo do desenvolvimento tecnológico, nem comprometer o exercício de direitos, garantias e liberdades.

Defende-se, assim, um controle mais adequado do fluxo informacional na rede, de forma a resguardar a privacidade e a proteção de dados, bem como atender as salvaguardas de necessidade, proporcionalidade, qualidade e temporalidade da circulação de informação.

Ao final, espera-se que as plataformas digitais e os aplicativos de mensagens tenham mais apuro com os perfis e a produção de conteúdo por terceiros. O combate efetivo à desinformação não virá pela censura ou remoção arbitrária do conteúdo online, e sim pela regulação de comportamentos inautênticos. O Brasil deveria, então, seguir o modelo europeu que defende um código de conduta e boas práticas, resultado do amplo debate e da ação conjunta não apenas de agentes públicos, mas do setor privado, da academia e de representantes da sociedade civil.

Tem-se, então, como objetivo primeiro de pesquisa conceituar o que é desinformação. E, em seguida, saber como opera essa indústria da desinformação que atua de forma fraudulenta e coordenada. Para, enfim, poder combater o problema da desinformação digital.

Para tanto, a metodologia de pesquisa é indutiva comparativa, partindo do estudo de caso particular (infodemia) para a constatação de um fenômeno maior (uma indústria da desinformação), por intermédio da análise de indicadores qualitativos e quantitativos, tanto de fontes primárias quanto secundárias das Ciências Comportamental, do Direito, da Sociologia e da Comunicação.

O fenômeno da desinformação é visto, assim, através de uma perspectiva transdisciplinar e multidimensional, perscrutando-o além de seus aspectos tecnológicos. O desenvolvimento desse trabalho será, então, estruturado em três partes. A primeira trata da desinformação com fins econômicos; a segunda, como diversionismo político-ideológico e, a terceira, com fins midiáticos.

## **Desenvolvimento**

Antes de enfrentar o problema da desinformação digital, é preciso saber do que se trata o fenômeno, principalmente a partir da estrutura da co-



municação (qual é a mensagem e as linguagens mais utilizadas). Sobretudo a partir do canal em que se propaga (a internet), o que motiva as pessoas consumirem e compartilharem desinformação (o conteúdo, do ponto de vista do receptor que interpreta a mensagem), mas também quem se beneficia com a desinformação (do agente emissor).

Logo, não é por acaso que Wardle e Derakhshan (2017) entendam o fenômeno como uma desordem da informação, desde a “misinformation” (desordem natural da informação, a partir da confusão da mensagem) até a “desinformation” (desordem deliberada e até orquestrada para alcançar dano/vantagem indevida). Para tanto, o classificam em sete categorias: falsa conexão (quando a manchete ou legenda não confirmam o conteúdo veiculado); falso contexto (conteúdo genuíno, porém compartilhado com informação contextualmente falsa); sátira ou paródia (sem intenção de prejudicar, mas com potencial de enganar); manipulação do conteúdo (uma informação genuína, mas com propósito de enganar); conteúdo fabricado (100% falso, criado para ludibriar); conteúdo enganoso (uso enganoso de informação para enquadrar um indivíduo ou uma questão) e conteúdo impostor (quando fontes genuínas são alvo de imitação).

O intuito da categorização não é esgotar todas as possibilidades, mas dar uma maior e melhor dimensão ao problema. Sobretudo na internet, ambiente em que se potencializa essa complexificação. Pois se, em outrora, a governança da internet se resumia à gestão centralizada de nomes de domínio e endereços IP, agora o fluxo global de informações e o atual volume do processamento de dados fazem com que existam multi stakeholders; isto é, além das habituais agências do governo, há também o setor privado, a sociedade civil e a academia que, de forma coletiva, passam a trabalhar juntos para desenvolver diretrizes e normas procedimentais para o ambiente cibernético (KURBALIJA, 2016). Pois quando seu modelo passa a ser colaborativo e multissetorial, geram-se protocolos que são políticos (DENARDIS, 2009). Ou seja, baseados não apenas em padrões e regras técnicas, mas em dinâmicas mais complexas, bem como em conceitos intangíveis que comumente se interpenetram, não se distinguindo bem o que é público e privado: tais como princípios de abertura e transparência; a questão da militarização e liberdades civis na internet; assim como de soberania, defesa e segurança nacional; e de crescentes disputas entre instituições, agências e autoridades regulatórias. Sem falar na necessidade contínua de aumentar a arquitetura da internet a partir de novos protocolos, que são ainda mais elaborados, o que traz outras implicações para a vida cotidiana, seja influenciando a tomada de decisão e o resultado dos processos decisórios, seja regulando ainda mais o comportamento humano (HAN, 2018).

Um bom exemplo dessa arquitetura é a atual “guerra das vacinas” e politização da tomada de decisão sobre qual modelo adotar para conter de fato a pandemia (LSHTM, 2020). Em sua essência, trata-se de um embate

entre o pragmatismo do conhecimento científico e o extremismo político-ideológico de grupos autocentrados que não se atém a evidências e critérios técnicos/objetivos, e sim em negacionismo, crenças pessoais e visões particulares de mundo. Uma subjetividade que, na prática, resulta em terror psicológico, mormente entre disputas narrativas, e em um choque cultural/civilizatório que tem a internet como palco preferencial. O agravamento dessa polarização, no entanto, traz impactos reais negativos para os cidadãos, sobretudo para os grupos mais vulneráveis, como negros, pobres, indígenas e minorias étnicas.

Infofemia, então, é o termo cunhado pela Organização Mundial de Saúde para designar essa quantidade excessiva de informação, desprovida de maior transparência e qualidade, a ponto de dificultar, gerar desconfiança e confusão para uma solução definitiva, neutra e coordenada de tais problemáticas, especialmente em tempos de pandemia (COMISSÃO EUROPEIA; TAYLOR *et al*, 2020).

### **Desinformação com fins econômicos**

Hoje diferenciam-se dois tipos de atividade das Big Techs: uma que captura a atenção, fazendo com que o internauta permaneça naquela rede para extrair o máximo de informação sobre o mesmo (atividade lícita), e outra conhecida pelo abuso ou por sua distorção. Um bom exemplo é a mercantilização de dados pessoais, compartilhando-os com terceiros, para outros fins, utilidades e sem a devida autorização do titular (atividade ilegítima). Problema que advém da coleta excessiva, desnecessária e desproporcional de dados, mas que está associado a uma questão maior: o da confiança e do que é ou não considerado verdade na era digital (PARISER, 2012).

Afinal, os termos de uso das plataformas digitais não são muito claros, não dão destaque aos pontos mais controversos - pelo contrário, dificultam ou embaraçam o entendimento – como também não cumprem bem o que prometem, como criptografia ponta a ponta (OHM, 2009). E ainda procuram se isentar de suas responsabilidades, considerando-se meras intermediárias nas telecomunicações. Assim, as Big Techs adotam a mesma narrativa negacionista/de isenção, comum aos governos, isto é, que não são protagonistas da desinformação e que os únicos culpados são os usuários da rede.

Só que apesar da adesão gratuita, plataformas como Google, Facebook e Youtube ganham com anúncios, conteúdos patrocinados e publicidade direcionada (conhecidos como marketing customizado/personalizado segundo gostos, preferências e hábitos de consumo, inferidos de um padrão comportamental). E isso só ocorre porque há cruzamento massivo desses dados pessoais e sensíveis que àquelas foram confiados, tornando-se assim matéria-prima para seu *modus operandi*. Portanto, seria algo temerário deixar a solução do problema unicamente nas mãos das plataformas que contribuem e também dão causa à desinformação. Logo, pouco se fala do risco inerente a esse mo-

delo de negócios ou sobre a minimização de suas ameaças reais (TAYLOR *et al.*, 2020).

Sem falar do micro-targeting, campanhas que usam perfis demográficos e comportamento online para segmentar informações falsas ou enganosas (WARDLE e DERAKHSHAN, 2017), valendo-se que a internet funciona como câmara de ressonância de sentimentos como ódio, medo, preconceito, ansiedade e incertezas. E filtrando o que esses clusters ou bolhas de pensamento leem, através de vieses de confirmação que reforçam essa subjetividade já enraizada no imaginário coletivo. O que resulta em uma visão imprecisa ou distorcida da realidade (PARISER, 2012).

Não por acaso, foi feito um experimento nos EUA e Reino Unido em que oito mil pessoas foram divididas em dois grupos: um foi exposto à desinformação e o outro a notícias factuais. Antes de serem expostas à desinformação, 54% dos entrevistados no Reino Unido disseram que aceitariam uma vacina para a COVID-19, e 41,2% nos EUA. Mas depois de serem bombardeados com desinformação nas redes sociais, essa cifra caiu para 6,4% no Reino Unido e 2,4% nos EUA.

O resultado do experimento foi publicado pela London School of Hygiene & Tropical Medicine (LSHTM, 2020), originado de um estudo preliminar (pre print) realizado no final de outubro de 2020. O estudo chegou à conclusão que mulheres, indivíduos com menor nível de escolaridade, grupos de baixa renda e não brancos são os mais propensos a rejeitar uma vacina para a COVID-19, já que seriam mais susceptíveis a notícias falsas e teorias da conspiração.

Essa constatação procede, já que população tem preferido procurar informação em redes sociais e aplicativos de busca online, ao invés das mídias tradicionais. Mormente no Brasil, onde as plataformas digitais vêm ganhando com anúncios em sites que sistematicamente promovem desinformação, mas nem sempre tomando uma providência à altura quando interpeladas (LEMOS, 2020). São grupos oportunistas que se locupletam da opacidade da rede e que atuam em conjunto com a desinformação para fins políticos/ideológicos. Logo, seria preciso desmonetizar essas redes de desinformação que financiam atividades criminosas, como lavagem de dinheiro e falsidade ideológica, e ocultam os recursos privados ou públicos desviados para esses fins.

## **Desinformação com fins políticos e ideológicos**

Desinformação também aparece como método, resultado de um mix de táticas conhecidas como diversionismo, principalmente quando um grupo/indivíduo está em desvantagem numérica, seja de recursos materiais ou humanos. Diversionismo que consiste em criar uma cortina de fumaça para desviar a atenção alheia e/ou reduzir a capacidade de reação adversária. É muito usada como manobra militar e estratégia para minar o meio logístico-operacional e/ou confundir os canais de inteligência, comunicação e informação do inimi-

go (KORYBKO, 2018).

Hoje o diversionismo vem sendo também utilizado em conjunturas de paz, indo além do mero contexto de guerra e de controle de território, aplicando-se onde mais houver disputas de poder. Sobretudo no contexto eleitoral, por não haver um compromisso de imediato com a verdade, visto que as promessas de campanha só serão eventualmente cumpridas se o candidato vier a ganhar a eleição ou terminar o mandato. O que contribui para um déficit de confiança e legitimidade dos governos e da classe política como um todo (SILVA e GUEDES, 2020).

A desinformação como diversionismo político-ideológico ganha fôlego particularmente em ambientes em que a sensação de medo, descontrole e insegurança é tamanha a ponto de gerar maior tolerância e/ou permissibilidade social quanto à flexibilização e relativização de direitos e garantias já conquistadas. Evitando-se, assim, o que seria um mal maior, mas necessário. É, então, dentro desse contexto artificialmente criado, sobretudo de ilusionismo e dissonância da realidade, que operam as “guerras táticas de comunicação” (FERREIRA, 2019).

Logo, não é por acaso que a desinformação está no centro de episódios recentes, como o referendo do Brexit que aprovou a saída do Reino Unido do âmbito da União Europeia, e a eleição presidencial estadunidense em 2016 (FGV DAPP, 2018). Um artifício de “guerra”, portanto, mas com fins políticos e ideológicos de confundir e dissuadir o debate público, desorientar e criar pânico ou até mesmo destruir tudo o que for considerado “inimigo” e “ameaça externa” não só em relação aos símbolos e valores, mas à identidade, soberania, segurança e defesa nacionais (ROCHA, 2020). Um processo acumulativo, portanto, de clara conotação populista, nacionalista e xenofóbica que, depois de iniciado, dificilmente será revertido, pelo menos no curto e médio prazo.

No Brasil, a tática da desinformação torna-se mais evidente quando, a partir das eleições de 2018 (FGV DAPP, 2020), passa a ser usada de modo massivo e sistemático para influenciar as escolhas, interferir na tomada de decisão e, assim, alterar o que seria o resultado dos processos decisórios. Há assim uma clara linha de continuidade entre a campanha eleitoral e a estratégia de governo que, através de memes, hashtags e vídeos curtos na internet, prega um discurso de caos e “terra arrasada” (FERREIRA, 2019) que demoniza seus contendores e cria polarização. Um tipo de liderança, então, que acredita ser preciso dividir para poder governar. É uma estratégia que, por reforço de novas técnicas de informação e comunicação em massa (TICs), resulta da construção linguística e semiótica dessa retórica de “guerra” que espalha medo, terror e teorias da conspiração. Na prática, trata-se de propaganda e doutrinação política-ideológica para normalizar um estado não de direito, mas de exceção e, assim, justificar uma escala autoritária que, em sua essência, visa a atender interesses privados e corporativos (CRUZ e GASPARIAN; WEGNER *et al*, 2020).

Uma prova dessa atual ingerência vem de uma consulta pública (PODER DATA, 2020) a fim de aferir o grau do incômodo dos brasileiros com o excesso de intervenções no seu dia a dia. Para 69%, o governo interfere demais, seja por meio de impostos, seja por meio de leis e regulamentos. Já 77% preferiam que o governo oferecesse informações para que estes pudessem tomar suas próprias decisões. Em contraste aos 7% que acreditam que é o governo quem deve ter o poder de direcionar suas decisões, reforçando a ideia de “nudge”, que são pequenos incentivos e impulsionamentos para aumentar o engajamento dos cidadãos (THALER e SUNSTEIN, 2019).

Outra amostra vem de uma pesquisa realizada pelo Instituto Ipsos (apud BASILE, 2020) em 27 países, e que ouviu 19,2 mil pessoas entre junho e julho de 2018. Em um contexto pré-pandemia, portanto, e que já apontava para o fato de que os brasileiros são os que mais acreditam em notícias falsas. A maioria dos entrevistados no Brasil também afirmou acreditar realmente nas informações que recebem e que só notariam algum problema se houvesse uma comunicação de alerta de irregularidade.

Qual é, então, o diagnóstico que se extrai desses indicadores? Que boa parte dos brasileiros é favorável aos incentivos, já que, sozinhos, não conseguiriam resolver seus problemas; mas que, em retorno, se espera comedimento para que não se deturpe o conceito original de nudge.

Hoje essa constatação está em linha com um pensamento mais amplo sobre governança e que revela uma relação no mínimo conflituosa entre governo e cidadão: uma libertária, em sintonia com os conceitos de autodeterminação e empoderamento do cidadão, e outra ainda dependente do paternalismo estatal. Quando o ideal seria o meio-termo, segundo a teoria paternalista libertária, ainda que pareça contraditória, pois a problemática é paradoxal (THALER e SUNSTEIN, 2019). Assim, quando levada para o contexto da COVID-19, entende-se o porquê de a desinformação ter se tornado uma tragédia humanitária no Brasil e nos EUA. Seja pela postura negacionista, seja pela polarização e minimização da ameaça real da pandemia, principalmente porque vieram a partir do exemplo de seus mandatários, estes foram fatores cruciais que levaram as pessoas a se exporem mais à doença, resultando na elevação do número de óbitos e infectados (MOTA *et al*, 2020).

No caso do Brasil a situação se agrava, pois ainda haveria um “gabinete do ódio” dentro da máquina estatal, especializado na preparação de dossiês para destruir a reputação de adversários políticos ou quem mais apresente críticas ou uma contra narrativa de oposição e resistência. Segundo a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito das Fake News, trata-se de uma “milícia digital” que usa redes sociais do Facebook, Twitter e WhatsApp como plataforma para massificar a desinformação e a polarização, segundo uma linguagem própria da web (de memes, trolls e cyberbulling), e que também acoberta a compra de engajamentos artificiais, através do uso de robôs e contas falsas, para a promoção de linchamentos virtuais e ações coordenadas para influenciar o resultado das eleições. Uma arquitetura complexa, portanto, e bem estruturada

da que, ao final, mina qualquer tentativa de debate público de maior profundidade (LEMOS; REVISTA FÓRUM, 2020).

## **Desinformação com fins midiáticos**

A desinformação aqui é disseminada pelas próprias mídias sociais e seu intuito é de causar comoção. O que faz com que as pessoas ajam mais pela emoção do que pela razão, rendendo-se ao imediatismo da rede e, assim, compartilhando informação sem antes checar sua procedência. Seja em tom meramente sensacionalista, para atrair a audiência, seja pela mobilização das bases de apoio a determinados grupos, bolhas ou clusters de pensamento (PARISER, 2020). Essa comoção, no entanto, reforça sentimentos como medo, ansiedade e desconfiança já arraigados no imaginário coletivo. Um jogo psicológico que, pelo viés de confirmação, contribui para a sensação de que os governos não são confiáveis e que o conhecimento técnico-científico que vem dessas autoridades e instituições está descolado da realidade que os afetam (DA CUNHA, 2019).

E é nesse contexto de descrença e incerteza quanto ao futuro que também diminui a adesão às políticas de contingência da pandemia, já que respeitar as medidas de distanciamento social, ainda que desejável, independe da vontade da maior parte da população, sobretudo jovens, negros, pobres, trabalhadores informais, moradores de favelas e periferias que temem mais perder seus empregos do que a pandemia propriamente dita (INSTITUTO IPSOS, 2020). É o que explica essa maior vulnerabilidade em países em desenvolvimento como o Brasil, onde a adesão à quarentena é mais uma questão socioeconômica do que de indiferença e/ou desobediência cívica (MOTA *et al*, 2020).

Mesmo em países desenvolvidos, como os EUA, dados demográficos confirmam maior exposição ao risco da COVID-19 para negros e latinos. Pois enquanto 43% desses trabalhadores atuam em empregos do setor de serviços ou de produção, em funções que normalmente não podem ser desempenhadas à distância, apenas um em cada quatro trabalhadores brancos exerce esse tipo de função. Já os latinos têm chance duas vezes maior que os brancos de dividir suas casas com outras pessoas, dispendo de menos de 46 metros quadrados para tal, segundo pesquisa feita pela Sondagem Habitacional Americana (THE NEW YORK TIMES, 2020).

Já no Brasil, dados da TAB UOL (2020) também revelam diferença de condições estruturais que irão impactar diretamente as políticas de contenção e gestão da pandemia. Entre elas, destacam-se quanto a) ao espaço físico, já que 20% dos brasileiros moram em casas que acomodam 3 ou mais pessoas; b) ao acesso à internet, pois enquanto 85% das classes C, D, E acessam a internet só pelo celular, apenas 12% das classes A e B acessam por dispositivos móveis. Logo, a estrutura de home office é boa, mas inviável para a maioria da população, porque não há computador em casa; c) quanto à mobilidade,

visto que os moradores da periferia passam mais horas dentro do transporte público, pois mais distantes do centro da cidade. Conclui-se, então, que quando há alternativas e liberdade de escolha, maior será a adesão ao confinamento e às políticas de saúde pública.

Por fim, não se questiona a flexibilização de direitos e liberdades individuais dentro desse contexto emergencial, vista como uma medida realmente eficaz para a contenção da pandemia, isto é, um mal necessário a ser considerado por todos, em termos de saúde pública e segurança coletiva. Contudo, é preciso regular de que modo, para que, até quando, e a cargo de quem se dará esse controle e monitoramento (BAPTISTA e KELLER, 2016). Até porque essa relativização poderá estar a serviço não da *res publica*, mas movida por interesses econômicos, políticos e/ou midiáticos.

## Conclusão

Hoje há quase um consenso de que o problema da desinformação tem que ser tratado com maior seriedade e profundidade. E que seu enfrentamento deva ser em várias frentes, já que se trata de uma questão política e socioeconômica, compreendida além de sua dimensão tecnológica.

A desinformação não é uma novidade, mas agora o fenômeno deixa de ser isolado e local para se tornar global. Sobretudo pela integração em rede de tecnologias digitais de informação e comunicação em massa e por uma indústria crescente de processamento de dados que opera de maneira cada vez mais invasiva, uma vez que dados pessoais e sensíveis são matéria-prima para a transformação digital, via inteligência artificial e Big Data, sobretudo por robótica, aprendizado de máquina e internet das coisas. Porém, pouco se sabe como operam e qual seu real alcance, seja em termos de possibilidades, mas também de riscos e ameaças. Logo, deve haver avaliação de impacto e custo-benefício, a fim de sopesá-los, acerca tanto das oportunidades quanto de potenciais riscos das novas tecnologias, sobretudo para os mais vulneráveis.

A infodemia ou profusão de desinformação quanto ao novo coronavírus atingiu tanto nações desenvolvidas quanto em desenvolvimento. Contudo, a maneira como cada governo lidou com o problema fez a diferença, sobretudo se houve uma resposta rápida e se a gestão da pandemia foi feita de forma clara, séria e responsável. Portanto, o descontrole que culminou em tragédia humanitária nos EUA e no Brasil não foi obra do acaso. A elevada quantidade de mortos e infectados decorreu de uma falha coletiva, atribuída a múltiplos fatores. Mas, sobretudo, do negacionismo e extremismo político-ideológico de seus mandatários que, por sua vez, culminou na falta de um plano nacional e de maior planejamento, articulação e coordenação do governo federal com governadores e prefeitos. Uma conjuntura de polarização que, agora, escala para a politização da questão da vacina e que isola o Brasil na busca por maior diálogo e cooperação internacional.

Quanto à indústria da desinformação digital, foram encontradas motiva-

ções econômicas, político-ideológicas e midiáticas para sua difusão por uma miríade de atores. Sobretudo na internet, ambiente em que seus efeitos foram acelerados e intensificados. Justamente pela opacidade da rede, falta de melhor acurácia das TICs e de maior comprometimento das Big Techs com neutralidade, transparência, privacidade e proteção de dados.

A conclusão, então, é no sentido de que vivenciamos um processo de transição civilizatória. Do analógico para o digital, e do automatizado para o autônomo, rumo à sociedade da informação. Não que robôs e sistemas inteligentes estejam se humanizando – por ora, ainda não chegamos nesse estágio de evolução da robótica e inteligência artificial – mas os humanos é que estão se automatizando, sobretudo quanto às suas prioridades, escolhas e tomadas de decisão. Logo, tanto as causas quanto consequências da desinformação são mais profundas, e o fenômeno costuma ser percebido só na sua superfície. Assim, não é levada tão a sério, o que banaliza seu enfrentamento. Mas fora a desordem da informação que naturalmente acomete o internauta, em razão do volume massivo de dados que são processados continuamente, há por trás também um projeto de poder sustentado em necropolítica, biopoder e desumanização. Mormente de seus adversários políticos e ideológicos, ou quem quer que ofereça resistência às suas crenças e visão particular de mundo. Uma mentalidade extremista e totalizante, conduzida por interesses particulares e corporativos que, em contrapartida, não aceita questionamentos nem autocrítica. Pelo contrário; há uma política que prega a destruição da concorrência e de seus “inimigos”, ao invés de se concentrar em uma gestão mais transparente e responsável, sobretudo em momentos de crise e desconfiança.

Por isso é tão importante precisar o tempo, o modo e a finalidade regulatória das novas tecnologias digitais, a fim de que não seja tarde demais para voltar ao *status quo ante*, em caso de dano e/ou prejuízo, sobretudo para os cidadãos e segmentos mais vulneráveis a esse processo de rápida adaptação. Contudo, é preciso cautela para não obstar nem o progresso e desenvolvimento tecnológico, nem o livre mercado e o modelo de negócios das Big Techs, nem o exercício de liberdades individuais, garantias e direitos fundamentais. Um desafio complexo, portanto, do ponto de vista tanto informacional, quanto das relações de poder, que será resolvido com ponderação e análise do caso em concreto. E que será enfrentado não por meio de censura e remoção arbitrária dos conteúdos online, mas de um código de conduta e de boas práticas; segundo salvaguardas de proporcionalidade, necessidade, qualidade e temporalidade, a fim de que o fluxo informacional e processamento de dados pessoais sejam feitos de forma a atender à finalidade e utilidade com que foram coletados, descartando-os assim que atingirem seus fins ou forem considerados excessivos ou desnecessários. Pois só assim a sociedade da informação será mais inclusiva e democrática.



## Referências

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. **Por que, quando e como regular as novas tecnologias?** Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: set./dez. 2016, v. 273, p. 123-163.

BASILE, Juliano. **Brasileiro é o povo que mais acredita em boatos, aponta pesquisa.** Publicado em 8 out. 2018. Disponível em: <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2018/10/08/brasileiro-e-o-povo-que-mais-acredita-em-boatos-aponta-pesquisa.ghtml>>. Acesso em: 4 ago. 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. **Código de Conduta da UE sobre Desinformação.** Publicado em 7 jul. 2020. Disponível em: <[https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc\\_id=59123](https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=59123)>. Acesso em: 17 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Combater a desinformação sobre a COVID-19: repor a verdade dos factos.** Publicado em 10 jun. 2020. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020JC0008&from=EN>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

CRUZ, Francisco Brito; GASPARIAN, Taís. **Desinformados.** Publicado em 31 maio 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2020/05/desinformados.shtml>>. Acesso em: 1 jun. 2020.

DA CUNHA, Martim Vasques. **A tirania dos especialistas:** desde a revolta das elites do PT até a revolta do subsolo de Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

DENARDIS, Laura. **Protocol Politics.** The globalization of internet governance. MIT Press, 2009.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Diretoria de Análise de Políticas Públicas - FGV DAPP. **Desinformação na era digital.** Amplificações e panorama das eleições 2018. Policy Paper 2. Publicado em 30 nov. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/25742/Desinforma%C3%A7%C3%A3o%20Policy-Paper-2%20Sala.pdf?>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Desinformação on-line e eleições no Brasil.** A circulação de links sobre desconfiança no sistema eleitoral brasileiro no Facebook e no YouTube (2014-2020). Publicado em 6 nov. 2020. Disponível em: <<https://democraciadigital.dapp.fgv.br/publicacoes/desinformacaoeleitoral/>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

HAN, Byung Chul. **Psicopolítica.** O neoliberalismo e as novas técnicas de poder. Veneza: Editora Àyné, 1ª edição, set. 2018.

INSTITUTO IPSOS. **Ipsos/Fórum Econômico Mundial:** perda do emprego é preocupação de 6 em cada 10 brasileiros. Publicado em 26 out. 2020. Disponível em: <<https://www.ipsos.com/pt-br/ipsosforum-economico-mundial-perda-do-emprego-e-preocupacao-de-6-em-cada-10-brasileiros>>. Acesso em: 6 nov. 2020.

KORYBKO, Andrew. **Guerras híbridas:** das revoluções coloridas aos golpes. São Paulo: Expressão Popular, 2018.

KURBALIJA, Jovan. **Uma introdução à governança da internet.** In: Cadernos CGI.br. Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2016. Disponível em: <<https://>>

cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernoCGIbr\_Uma\_Introducao\_a\_Governanca\_da\_Internet.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

LEMOS, Ronaldo. **Contra fake news, siga o dinheiro**. Publicado em 24 maio 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/ronaldolemos/2020/05/contra-fake-news-siga-o-dinheiro.shtml>>. Acesso em: 31 maio 2020.

LONDON SCHOOL OF HYGIENE & TROPICAL MEDICINE – LSHTM. **Exposure to misinformation could see people making a U-turn on taking a COVID-19 vaccine**. Publicado em 12 nov. 2020. Disponível em: <<https://www.lshtm.ac.uk/newsevents/news/2020/exposure-misinformation-could-see-people-making-u-turn-taking-covid-19-vaccine>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

MOTA, Camilla Veras *et al.* **Coronavírus: 9 erros que levaram às 100 mil mortes no Brasil (e 1 lição que a pandemia deixa até agora)**. Publicado em 8 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53703044>>. Acesso em: 9 ago. 2020.

OHM, Paul. **Broken promises of privacy: responding to the surprising failure of anonymization**. U of Colorado Law Legal Studies Research Paper n. 9-12, 13 aug. 2009. In: UCLA Law Review, v. 57, p. 1701, 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1450006>>. Acesso em: 4 nov. 2020.

PARISER, E. **O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2012.

PODER DATA. **Pesquisa de opinião pública**. Publicada em 6 out. 2020. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2020/11/PoderData-Abir-relatorio-6out2020.pdf>>. Acesso em 13 nov. 2020.

REVISTA FÓRUM. **Moraes confirma existência de “Gabinete do Ódio” e lista financiadores de milícia digital**. Publicado em 27 maio 2020. Disponível em: <<https://revistaforum.com.br/politica/moraes-confirma-existencia-de-gabinete-do-odio-e-lista-financiadores-de-milicia-digital/>>. Acesso em: 28 maio 2020.

\_\_\_\_\_. FERREIRA, Wilson. **As guerras táticas da comunicação de Bolsonaro**. Publicado em 6 jan. 2019. Disponível em: <<https://revistaforum.com.br/blogs/cinegnose/as-guerras-taticas-da-comunicacao-de-bolsonaro>>. Acesso em: 28 maio 2020.

ROCHA, João Cezar de Castro. **Bolsonarismo é a mais perversa máquina de destruição de nossa história republicana**. Publicado em 8 ago. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2020/08/bolsonarismo-e-a-mais-perversa-maquina-de-destruicao-de-nossa-historia-republicana.shtml>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

SILVA, Priscilla; GUEDES, Paula. **O vírus da desinformação: extensão, limites e remoção de conteúdo**. Publicado em 2 abr. 2020. Disponível em: <<https://feed.itsrio.org/o-v%C3%ADrus-da-desinforma%C3%A7%C3%A3o-extens%C3%A3o-limites-e-remo%C3%A7%C3%A3o-de-conte%C3%BAdo-c33f56d2e9a3>>. Acesso em: 5 abr. 2020.

TAB UOL. **Querer e poder**. Fazer ou não quarentena no Brasil é questão de classe

social. Publicado em 18 maio 2020. Disponível em: <<https://tab.uol.com.br/edicao/quarentena#querer-e-poder>>. Acesso em: 21 maio 2020.

TAYLOR, Emily *et al.* **Follow the Money**: how the online advertising ecosystem funds COVID-19 junk news and disinformation. Working Paper 2020.1. Oxford: UK. Publicado em 3 ago. 2020. Disponível em: <<https://comprop.oii.ox.ac.uk/research/posts/follow-the-money-how-the-online-advertising-ecosystem-funds-covid-19-junk-news-and-disinformation/>>. Acesso em: 17 ago. 2020.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: Como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Tradução: Angelo Lessa. Edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2019.

THE NEW YORK TIMES. **Novos dados mostram como Covid-19 afeta negros e latinos de maneira desproporcional nos EUA**. Tradução: Clara Allain. Publicado em 6 jul. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/07/novos-dados-mostrar-como-covid-19-afeta-negros-e-latinos-de-maneira-desproporcional-nos-eua.shtml>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

WARDLE, Claire.; DERAKHSHAN, Hossein. **Information Disorder**: toward an interdisciplinary framework for research and policy making. Council of Europe Report DGI (2017)09. Publicado em 27 set. 2017. Disponível em: <<https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research/168076277c>>. Acesso em: 8 jun. 2020.

WEGNER, Robert; DE SOUZA, Vanderlei S.; DE CARVALHO, Leonardo D. **Eugenia, biopoder e políticas da morte em tempos de pandemia**. Publicado em 10 ago. 2020. Disponível em: <<https://blogdaboitempo.com.br/2020/08/10/eugenia-biopoder-e-politicas-da-morte-em-tempos-de-pandemia/>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

# O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO E A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS

**Isis Lacerda de Oliveira da Silva**

Técnica em Administração e bacharelada em Direito na Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim – FDCI

**Larissa de Lima Vargas Souza**

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Advogada. Professora Substituta de Direito do Instituto Federal do Espírito Santo – IFES. Professora do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito de Família e Sucessões da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Professora do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais do Centro Universitário FAESA. Professora da Graduação da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim - FDCI. Professora de Direito da Faculdade do Espírito Santo – FACES

## Resumo:

A presente pesquisa pretende analisar a aplicabilidade do princípio da não discriminação, recentemente previsto pela Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei nº 13.709/2018), quanto aos dados pessoais sensíveis, passando por um estudo acerca da possibilidade de tratamento distintivo dos dados pessoais, desde que lícito e não abusivo. O questionamento que lastreia o problema desta pesquisa é: a LGPD autoriza a discriminação lícita e abusiva no tratamento de dados pessoais sensíveis? A investigação inicia-se a partir da classificação de dados pessoais na Lei. Ao relacionar o uso discriminatório às qualidades de ilicitude e abusividade o legislador reconheceu a possibilidade de tratamento distintivo, desde que lícito e não abusivo. Conclui-se por uma tutela diferenciada em relação aos dados pessoais sensíveis, em necessário reforço aos princípios da igualdade e da não discriminação, tendo sido evidenciada temerária a exceção legal que possibilita discriminações lícitas e não abusivas.

**Palavras-chave:** Dados sensíveis; Não discriminação; Igualdade material.

## Introdução

Este artigo científico tem por objetivo verificar a aplicabilidade do princípio da não-discriminação no que diz respeito aos dados pessoais, estudando

um possível tratamento distintivo de dados, desde que lícito e não abusivo. Busca-se, em princípio, evidenciar uma tutela diferenciada em relação aos dados pessoais sensíveis.

Torna-se de suma importância estudar a privacidade na era da informação, posto que nossas vidas passam a ser gerenciadas por sistemas informatizados, colocando a privacidade e consequentemente a dignidade da pessoa humana sob risco de violação. Relevante também abordar a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei nº 13.709/2018) e o princípio da não discriminação, que prevê a impossibilidade de realização do tratamento de dados para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos.

A investigação inicia-se a partir da classificação de dados pessoais na lei, a qual diferencia dados pessoais de dados pessoais sensíveis. A tutela diferenciada de dados sensíveis e sua necessária vinculação ao princípio da não discriminação revelam importante concretização do princípio constitucional da igualdade material, posto que o tratamento jurídico diferenciado diante de situações aptas a ensejarem desigualdades inferiorizantes é salutar à efetivação do princípio da isonomia, também corolário da dignidade da pessoa humana.

Em virtude de seu conteúdo, os dados pessoais sensíveis estão mais vulneráveis a uma utilização para fins discriminatórios que atinjam a dignidade de seu titular. Ao explicar o referido princípio, a LGPD veda a discriminação ilícita ou abusiva e, com efeito, ao relacionar o uso discriminatório às qualidades de ilicitude e abusividade o legislador reconhece pela possibilidade de tratamento distintivo desde que lícito e não abusivo.

À parte das discussões doutrinárias sobre estrutura e função do ato ilícito e do abuso do direito, as quais não serão objeto desta pesquisa, o presente recorte enquadra o ato ilícito como aquele que contraria o ordenamento jurídico (recentemente integrado pela LGPD) e que causa dano e, ainda, o abuso do direito como o exercício disfuncional de um direito, já despido de seu caráter vazio e da intenção de gerar dano (*aemulatio*).

Suscita-se o debate e justifica-se a relevância temática do presente estudo indagando, por exemplo, se o direcionamento de anúncios de planos de saúde e funerários a pessoas de determinada faixa etária ou classe social poderiam representar discriminação ilícita. Se possível admissível pelo ordenamento jurídico? Não se pode olvidar, ainda, que qualquer dado pessoal – enquadrado ou não como sensível – é passível de dar origem à discriminação.

Levando ao entendimento de uma tutela diferenciada em relação aos dados pessoais sensíveis, em necessário reforço aos princípios da igualdade e da não discriminação, tendo sido evidenciada temerária a exceção legal que possibilita a discriminações lícitas e não abusivas.

## **Referencial teórico**

### **Privacidade frente a sociedade da informação**

Vivemos a chamada era digital, em que nossas vidas passam a ser geren-

ciadas por sistemas informatizados que repetidas vezes põem em ameaça a privacidade e são aptos a gerarem danos nunca outrora imaginados. A privacidade na sociedade da informação é o meio utilizado na busca de controlar a exposição de seus dados pessoais e/ou informações. Não mais compreendida como o direito de ser deixado só - *right to be let alone* - (WARREN; BRANDEIS, 1890), a privacidade remonta, na atualidade, ao poder de controle sobre as informações que nos dizem respeito ou, em outras palavras, à autodeterminação informativa

De sua tradicional definição como “direito de ser deixado só” passa-se, justamente pela influência da tecnologia dos computadores, àquela que constituirá um constante ponto de referência na discussão: “direito a controlar o uso que os outros façam das informações que me digam respeito”. Em fase mais recente surge um outro tipo de definição, segundo a qual a privacidade se consubstancia no “direito do indivíduo de escolher aquilo que está disposto a revelar aos outros”. (RODOTÀ, 2008, p. 74-75).

Sabe-se que existem “sensores à rede mundial de computadores, capazes de captar, transmitir e analisar dados, já fazendo parte da sociedade contemporânea, em cenário similar ao retratado nos filmes de ficção científica” (GOMES, 2019, p. 8). Os dados pessoais são informações relativas a uma pessoa identificada ou identificável, de modo que são “diariamente coletados, processados, compartilhados, tratados e armazenados em bancos de dados utilizados pelas empresas de tecnologia para as mais diversas finalidades, o que caracteriza a recente figura do big data” (CAIO et al., 2019, p.28). De acordo com GOMES O *big data* representa:

Uma nova forma de captar, analisar, armazenar, extrair valor de grande quantidade de informações, possibilitando, dentre outros, a tomada de decisões automatizadas, aumento na eficiência empresarial e governamental, criando novos modelos de negócios e gerando substancial riqueza, além de economia de preciosos recursos (2019, p. 9)

O *big data* consiste na análise e na interpretação de um grande volume de dados, estruturados e não estruturados, que precisam ser processados e armazenados. Essas inovações têm sido tratadas como verdadeiros facilitadores da sociedade da informação. No entanto, “existem implicações quanto ao acesso a esses objetos, principalmente os inseridos na vida pessoal, como celulares, considerando que tais objetos são alimentados por dados pessoais” (QUENTAL; SHORES; SACRAMENTO, 2018, sem paginação).

Um exemplo paradigmático neste contexto é o do dispositivo Alexa, apontado pela empresa Amazon como “uma caixa de som inteligente, controlada por comando de voz” (AMAZON). Em um episódio nos Estados Unidos, sua segurança foi questionada quando a Alexa gravou a conversa ín-

tima de um casal dentro de sua casa e encaminhou o conteúdo da discussão para uma pessoa aleatória de sua lista de contatos” (QUENTAL; SHORES; SACRAMENTO, 2018, sem paginação).

Este caso representa uma situação “em que podem estar presentes potenciais violações de direitos fundamentais, dadas as características e a natureza desses dados sensíveis” (MULHOLLAND, 2018, p. 162). A privacidade encontra-se em perigo de violação constante, os dados que alimentam esses aparelhos eletrônicos são importantíssimos para a economia, pois definem comportamentos e hábitos de consumo das pessoas, podendo traçar um perfil ou grupo específico de usuários e consumidores. Essas informações pessoais, se exploradas, “podem fomentar inúmeras aplicações, como manipulação virtual, espionagem, marketing direcionado” (BARBOSA; SILVA, 2019, p. 475), uso discriminatório, traçar um perfil psicológico, dentre outros.

No Brasil, o direito à privacidade é um direito fundamental constitucionalmente garantido. Este direito, na atual sociedade tecnológica, tem resultado em uma violação silenciosa à própria dignidade, uma vez que o indivíduo é desapropriado do seu poder de escolha e controle de suas informações pessoais (BAIÃO; GONÇALVES, 2014, p.12).

Esta tecnologia tem levantado muitas indagações diante da utilização desenfreada, sendo poucas as situações em que os direitos da personalidade foram violados, especialmente no tocante à privacidade, sendo que seu principal insumo consiste nos dados pessoais (GOMES, 2019, p. 10). De acordo com BAIÃO e GONÇALVES (2014, p. 18) “a proteção da vida privada encontra sua razão primária na proteção da personalidade”. Nessa linha de raciocínio, os autores citados compreendem que:

O indivíduo só consegue construir de forma livre sua personalidade quando tem consciência da garantia da sua privacidade, esta não mais entendida como o “direito de ser deixado só”, mas como o direito de manter o controle sobre as próprias informações. (BAIÃO; GONÇALVES, 2014, p. 18)

Emerge, pois, a necessidade de uma maior proteção jurídica da privacidade, a fim de garantir a privacidade e conseqüentemente a dignidade da pessoa humana. Com o objetivo de prevenção e sanção a possíveis violações dos dados pessoais foi sancionada no Brasil a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, nº 13. 709/2018, que veio em consonância com o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia–GDPR. A LGPD “foi criada para garantir direitos aos cidadãos e estabelecer regras sobre operações realizadas por órgãos públicos ou privados com os dados dos usuários/clientes, protegendo-os contra ataques e uso indevido das informações” (ZAN- DONAI; ARGILES, 2019, p. 274).

## A LGPD e o princípio da não discriminação

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD - Lei 13.709/18), em seu artigo 1º, dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, nos meios digitais e físicos, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, tendo o objetivo a proteção dos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Em seu artigo 2º, disciplina os fundamentos da proteção dos dados pessoais.

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

- I - o respeito à privacidade;
- II - a autodeterminação informativa;
- III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
- IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
- V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
- VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor;
- e
- VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (BRASIL, 2018).

Observa-se que se tem como primeiro fundamento o respeito à privacidade, que “passa a se distinguir do conceito de intimidade e a ser concebido como o direito ao controle dos dados pessoais” (FILHO; CASTRO, 2019, p. 326). Com efeito, permite-se que o titular possa controlar e limitar a coleta de seus dados pessoais. No entanto, há algumas exceções relevantes dispostas no artigo 4º da referida lei:

Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

- I - realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos;
- II - realizado para fins exclusivamente:
  - a) Jornalístico e artísticos; ou
  - b) Acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei;
- III - realizado para fins exclusivos de:
  - a) segurança pública;
  - b) defesa nacional;
  - c) segurança do Estado; ou
  - d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou
- IV - provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei (BRASIL, 2018).



As definições necessárias para o pleno entendimento estão em seu artigo 5º, quando a LGPD conceitua dados pessoais e faz a diferenciação entre dados pessoais e dados pessoais sensíveis, de acordo com a norma: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; “Ou seja: são abrangidos pelo conceito não apenas as informações sensíveis, mas, também, quaisquer outras informações pertinentes à pessoa, incluindo dados cadastrais.” (MATOS; RUZYK, 2019, p. 206).

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

Os dados pessoais podem ser um dado identificador ou dado identificável.

A primeira espécie de dado diz respeito a informações como nome, número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas, número de inscrição no registro geral, uma fotografia, etc., que permitam identificar automaticamente uma pessoa. A segunda espécie, por sua vez, está relacionada a dados que, embora analisados isoladamente, de maneira bruta, não identifiquem à primeira vista uma pessoa. Porém, se tais dados passem por algum tipo de tratamento ou técnica como o cruzamento de informações com outros dados, por exemplo, possam identificar uma pessoa. (BARBOSA; SILVA, 2019, p. 492).

Carlos Nelson Konder (2019, p. 455) explica que “os dados sensíveis são dados pessoais especialmente suscetíveis de utilização para fins discriminatórios, de modo que seu tratamento atinja a dignidade de seu titular, lesionando sua identidade pessoal ou privacidade.”

Em uma pirâmide de proteção os dados pessoais sensíveis identificadores estão na base, sendo de prioridade proteção justamente por poderem causar grandes danos ao indivíduo. A Constituição Federal de 1988 tutela a intimidade, a vida privada e garante o direito a indenização decorrente de sua violação (art. 5º, X), assegura o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII), e possibilita a concessão de habeas data (art. 5º, LXIX e LXXII). Em linha sistêmica coerente, “o objetivo da LGPD é o de conferir uma ampla proteção ao cidadão e às situações existenciais mais importantes que são afetadas pelo tratamento de dados.” (FRAZÃO, 2019, p. 102). Além de limitar a coleta e o tratamento dos dados pessoais, a Lei trouxe consigo princípios fundamentais para auxiliarem na limitação e proteção desses dados. Os princípios da LGPD mostram que dados pessoais não são meros bens de cunho patrimonial, podendo se desdobrarem em objetos de negociação (FRAZÃO, 2019, p. 103 - 104).

Tornando-se de suma importância aos controladores e tratadores de dados, o princípio da boa-fé objetiva, fundada em uma conduta de honestidade, lealdade e transparência, deve ser levado em consideração na hora da coleta e tratamento desses dados. No artigo 6º e seus incisos a Lei traz alguns princípios, sendo eles: finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas.

O conjunto de princípios elencados no artigo 6º da LGPD “não representa uma novidade em si, mas a cristalização de avanços que foram alcançados pelas leis anteriores, muitas vezes com viés mais pragmático do que principiológico.” (OLIVEIRA; LOPES, 2019, p. 82). Todavia não se pode prescindir da aplicação dos princípios, informadores da base normativa que serve de arrimo ao ordenamento jurídico. Destaca-se o princípio da não discriminação, que não permite o tratamento de dados para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos. Em outras palavras, “os dados coletados não podem categorizar cor, raça, religião, opinião política que tenham como tendência a discriminação.” (RAMIRO et al, 2019, p.65). Contudo, os dados pessoais, dependendo de como são tratados, podem gerar grandes danos aos titulares:

Segundo Rodotà, a formação de perfis baseados em dados pessoais sensíveis pode gerar discriminação por diversos fatores, dentre eles o fato de que dados pessoais, aparentemente não “sensíveis”, podem se tornar sensíveis se contribuem para a elaboração de um perfil, ou ainda em contextos em que a própria esfera individual pode ser violada quando a pessoa pertence a um grupo do qual tenha sido traçado um perfil estigmatizado, ou associado a características e interpretações negativas. (MÓNICA; COSTA *apud* RODOTÁ, 2019, p.166).

É notória a atenção especial dada pela LGPD a possíveis discriminações ilegais e abusivas, por parte de empresas e demais responsáveis pelo tratamento de dados. No ano de 2018, de acordo com a plataforma de notícias Migalhas (2018), a Decolar.com, empresa de reservas online de viagens, foi multada em um valor de R\$7,5 milhões por violar dispositivos do Código de Defesa do Consumidor. A empresa teria feito diferenciação de preço de acomodações e negado oferta de vagas de acordo com a localização geográfica do consumidor. É notória a discriminação por parte da empresa com o consumidor, uma vez que o tratou de forma diferenciada em virtude da localização geográfica e etnia, configurando prática abusiva nas relações de consumo.

O legislador brasileiro vem trazendo nos regramentos normas para coibir ações discriminatórias no meio digital, no entanto trouxe uma autorização expressa no artigo 6º, inciso IX, da LGPD, ao prever que não permite o tratamento de dados para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos. Parece ter-se reconhecido, então, a possibilidade para uma discriminação que não seja ilícita nem abusiva.

Questiona-se: seria possível uma discriminação lícita e não abusiva por parte das empresas e tratadores de dados? No entendimento de Caitlin Mulholland (2018, p. 164) “o legislador, ao relacionar o uso discriminatório às qualidades de ilicitude e abusividade, parece reconhecer a possibilidade de tratamento distintivo, desde que lícito e não abusivo.”

A título de exemplo Caitlin Mulholland (2018, p. 164-165) elucida:

Seria legítimo a um operador de dados que esteja realizando a precificação de um serviço de seguros de automóveis, tratar de maneira diferenciada os dados de mulheres entre 35 e 45 anos e mães, com a finalidade de oferecimento de um valor que reflita os riscos de danos usualmente ocasionados ou sofridos por esse grupo determinado de pessoas.

A partir deste entendimento, é inegável que há a possibilidade de discriminação no tratamento de dados pessoais. O exemplo traz de forma clara e concisa uma possibilidade discriminatória lícita e não abusiva. É necessário um debate a respeito da aplicação do princípio da não discriminação. Ainda a título de exemplo, o direcionamento de anúncios de planos de saúde e funerários a pessoas de determinada faixa etária ou classe social, poderia representar discriminação ilícita? Pergunta-se: não sendo considerada uma discriminação ilícita, poderia ser classificada como uma discriminação lícita e não abusiva? O fato de não ser uma discriminação ilícita e abusiva, destaca-se, não significa que deixou de haver uma discriminação. A Constituição Federal em seu artigo 3º, inciso IV, reconhece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Percebe-se que a lei maior não faz uma diferenciação de discriminação; pelo contrário, frisa-se no final do inciso IV extrai-se a vedação a qualquer maneira de discriminação. Acrescenta-se, também, o inciso XVI do artigo 5º, que declara que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

A Constituição Federal deixa evidente a vedação de qualquer tipo de discriminação atentatória a pessoa humana, independente da classe social e faixa etária. Entretanto, faz-se necessária uma análise mais profunda acerca da proteção dos dados pessoais diante da possibilidade de um dado vir a sofrer uma discriminação.

## **Metodologia**

O presente artigo utiliza-se de uma pesquisa qualitativa, buscando solucionar questionamentos advindos da interpretação da norma. A pesquisa tem arrimo em método hipotético-dedutivo e busca evidenciar uma tutela diferenciada em relação aos dados pessoais sensíveis, valendo-se de pesquisa bibliográfica, através de livros, revistas e artigos.

## Resultados

### Princípio da Não Discriminação: uma proteção ampla?

A proteção dos dados pessoais é considerada como um meio fundamental para a proteção da pessoa humana e a promoção dos direitos fundamentais. Para tanto, é objetivo da LGPD proteger as situações existenciais mais importantes que acabam por ser afetadas pelo tratamento indevido de dados pessoais. A Lei trouxe, dentre vários princípios importantíssimos, o princípio da não discriminação, visando coibir tratamentos discriminatórios.

Apesar disso, extrai-se uma questão a partir da leitura do art. 6º, inciso IX, quando o legislador vedou o tratamento de dados para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos e, por outra face, “ao relacionar o uso discriminatório às qualidades de ilicitude e abusividade o legislador reconheceu a possibilidade de tratamento distintivo, desde que lícito e não abusivo” (MULHOLLAND, 2018, p. 164).

O tratamento de dados pessoais é uma atividade de risco, concretizada na possibilidade de uma utilização indevida. Caitlin Mulholland (2018, p. 162) explica que:

A utilização ampla e não consentida por terceiros de dados pessoais que tenham características fortemente marcadas pela capacidade de seu uso discriminatório tanto pelo Estado, quanto pelo mercado. Tratam-se, portanto, de situações em que podem estar presentes potenciais violações de direitos fundamentais, dadas as características e a natureza desses dados sensíveis.

Um cruzamento e tratamento em diferentes níveis dos dados pessoais pode revelar dados importantíssimos da personalidade do titular, tornando-se também passível de discriminação, contudo em escala menor. Neste sentido, Danilo Doneda entende que:

Qualquer dado pessoal e não somente o dado sensível é passível de, em determinadas circunstâncias, dar origem à discriminação ou ao controle, diminuindo as liberdades de escolha de uma pessoa. Os efeitos geralmente atribuídos são tratamento indiscriminado dos dados sensíveis também podem ocorrer quando da manipulação de dados não sensíveis – tanto é que os dados não sensíveis também merecem proteção, apenas em uma escala inferior. O motivo dos dados sensíveis merecerem uma proteção mais intensa é justamente uma consideração probabilística de que tais dados são mais afeitos a apresentarem problemas mais graves quando de sua má utilização – daí exatamente o fato de denominá-los como “sensíveis” em relação aos demais, enfatizando sua peculiaridade neste sentido (2010, p.191).

Compreende-se que os dados pessoais sensíveis estão mais predispostos a sofrerem discriminação, exclusão, ou segregação, por serem dados com um

grande potencial lesivo, ganhando uma tutela maior do regime jurídico, para “assegurar não apenas a privacidade, mas também que tais dados não possam ser utilizados contra os titulares, trazendo-lhes restrições ao acesso a bens, serviços e mesmo ao exercício de direitos” (FRAZÃO, 2018, sem paginação). Entretanto os dados pessoais considerados não sensíveis também estão suscetíveis a discriminação e, “nesse prisma, pode-se concluir que dados não-sensíveis, se considerados numa determinada circunstância, podem se tornar dados sensíveis.” (GONÇALVES apud MELO, 2019, p. 14). Em muitas situações, os dados sensíveis estão interligados, direta ou indiretamente, aos dados não sensíveis, podendo gerar combinações variadas.

O regime jurídico parte da premissa de que os dados sensíveis merecem uma tutela especial, isso porque “a categoria dos dados sensíveis é fruto de uma observação pragmática desse desnível de potencialidade lesiva entre os dados considerados sensíveis e os demais dados pessoais” (KORKMAZ, 2019, p. 44).

É cediço, portanto, que os dados pessoais que não são, a princípio, considerados sensíveis podem, em determinada conjuntura, assim serem enquadrados. O art. 11, § 1º, da LGPD estabelece que “a qualquer tratamento de dados pessoais que revele dados pessoais sensíveis e que possa causar dano ao titular, ressalvado o disposto em legislação específica” (BRASIL, 2018, sem paginação). Assim, aplica-se o regime jurídico dos dados pessoais sensíveis aos dados pessoais que, após tratados e/ou combinados, ensejam a capacidade de transmitir informações sensíveis e causar danos aos titulares.

O fato de um dado considerado não sensível após tratado ter aptidão de revelar dados sensíveis e ensejar danos aos titulares “mostra que a linha distintiva entre dados pessoais e dados pessoais sensíveis pode não ser tão nítida, até porque a perspectiva de análise deve ser dinâmica e não estática” (FRAZÃO, 2018, sem paginação). Por essa razão, sustenta-se que o rol dos dados sensíveis é considerado exemplificativo e traz consigo apenas algumas hipóteses de dados pessoais identificados como sensíveis.

Todos os dados pessoais que permitem alcançar informações sensíveis dos titulares são considerados dados sensíveis. A título de exemplo, “dados de localização geográfica, hábitos e histórico de pesquisa podem parecer informações inofensivas isoladamente, mas um rápido tratamento em conjunto pode servir a identificar orientação religiosa, política e sexual” (KONDER, 2019, p.455).

Não se pode olvidar, ainda, que qualquer dado pessoal – enquadrado ou não como sensível – é passível de dar origem à discriminação. São proibidas as práticas abusivas e ilícitas independentemente da classificação dos dados, de acordo com o art. 6º, inciso IX, da LGPD (BRASIL, 2018, sem paginação). Uma vez qualificado um dado pessoal como sensível, a lei é mais minuciosa e protetiva, o art. 11, inciso I da LGPD, por exemplo, expressa que, para o tratamento de dados pessoais sensíveis, poderá somente ser específica e destacada, para finalidades específicas, pelo titular ou responsável legal.

O princípio da não discriminação parece estar mais inclinado para a proteção dos dados pessoais sensíveis, os quais são mais vulneráveis a uma utilização para fins discriminatórios que atinjam a dignidade de seu titular. Porém, repita-se, o manejo de dados pessoais não sensíveis também pode dar ensejo à prática discriminatória. Sensível ou não o dado de cujo tratamento resultou a discriminação, a lei parece não trazer vedação a quaisquer formas de discriminação, mas apenas àquela que se revele como ilícita ou abusiva.

Ou seja, com a categorização dos dados pessoais no art. 5º da LGPD entre dados pessoais, dados pessoais sensíveis e dados anonimizados é possível verificar uma tutela integral em relação aos dados pessoais sensíveis, à medida que acarretaria um dano mais intenso aos direitos fundamentais, tais como igualdade, liberdade, privacidade, todos corolários da dignidade da pessoa humana. Corre-se o risco, então, de uma precarização na proteção dos dados considerados não sensíveis ao “permitir” a possibilidade de uma discriminação lícita e não abusiva.

Outrossim, no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 apresenta proteção aos dados pessoais, com destaque ao art. 5º, que considera “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” (art. 5º, inciso X), garantindo “o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas” (art. 5º, inciso XII), bem como instituindo o remédio do *habeas data* (art. 5º, inciso LXXII), conhecido como meio de garantir o direito de acesso e retificação de dados pessoais em bancos de dados que estejam em posse do poder público.

Na legislação infraconstitucional, o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90, em seu art. 43, estabelece uma gama de direitos e garantias para o consumidor no que concerne os seus dados pessoais.

Portanto, a partir deste conjunto de dispositivos é possível extrair base normativa substancial no ordenamento jurídico brasileiro para a garantia da proteção dos dados pessoais. Além disso, as normas da LGPD dialogam com os princípios constitucionais e expressam o claro – e louvável - objetivo de tutelarem ainda mais especificamente a proteção de dados pessoais.

O ordenamento jurídico brasileiro tem como objetivo consagrado no art. 3º, inciso IV da CRFB/88, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988, sem paginação), garantindo direitos fundamentais. Veja-se que é objetivo da República Federativa do Brasil a promoção da dignidade humana, a garantia da igualdade, liberdade, proteção da intimidade, da vida privada. Ademais, a LGPD em seu art. 2º, inciso, VII, disciplina como fundamento “os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade” (BRASIL, 2018, sem paginação), versando sobre o tratamento dos dados pessoais de pessoas naturais, no meio digital e também no meio físico.

## Conclusão

Diante dos pontos analisados, conclui-se que há, sim, autorização pela LGPD para a discriminação de dados pessoais, contanto que não seja ilícita nem abusiva. Porém, conclui-se também pela curial necessidade de tutela diferenciada desta discriminação em relação aos dados pessoais sensíveis.

A tutela diferenciada de dados sensíveis e sua necessária vinculação ao princípio da não discriminação revelam importante concretização do princípio constitucional da igualdade material, posto que o tratamento jurídico diferenciado diante de situações aptas a ensejarem desigualdades inferiorizantes é salutar à efetivação do princípio da isonomia, também corolário da dignidade da pessoa humana. Em virtude de seu conteúdo, os dados pessoais sensíveis estão mais vulneráveis a uma utilização para fins discriminatórios que atinjam a dignidade de seu titular.

O claro objetivo da LGPD de tutela diferenciada em relação aos dados pessoais sensíveis, em necessário reforço aos princípios da igualdade e da não-discriminação, em primeiro momento parece evidenciar como temerária a exceção legal que possibilita a discriminações lícitas e não abusivas.

Por outro lado, é também o princípio da igualdade material que legitima tratamento diferenciado com o objetivo de pôr fim a uma desigualdade intrínseca própria de determinadas relações. Neste contexto, a igualdade material poderia se revelar curiosamente, e em aparente contradição, como princípio que também autoriza tratamentos que segregam determinadas pessoas com o objetivo de melhor tutelá-las. Por exemplo, pensemos em ações governamentais afirmativas voltadas a grupos vulneráveis cujo mapeamento só pode ser feito a partir de tratamento de dados sensíveis.

Concluimos, então, que o parâmetro aqui não seria a presença ou não da discriminação (o que de fato ocorreria), mas a sua finalidade. Interesses velados e espúrios estritamente comerciais ou intencionalmente opressivos não seriam, por exemplo, admitidos pelo fato de não atenderem a nenhuma função merecedora de tutela pelo ordenamento jurídico. Doutro modo, a discriminação ocorrida no interesse exclusivo daquele cujo dado é tratado e a quem a discriminação busca proteger mostra-se, talvez, um parâmetro relevante para a identificação do merecimento de tutela do tratamento de dados sensíveis diferenciado, desde que, e sempre, lícito e não abusivo.

## Referências

AMAZON. Smart Speakers com Alexa. Os dispositivos Echo são caixas de som inteligentes controladas por voz. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/b?ie=UTF8&node=19877613011>. Acesso em: 08 mar. 2020.

BAIÃO, Kelly Sampaio; GONÇALVES, Kalline Carvalho. A garantia da privacidade na sociedade tecnológica: um imperativo à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. **Civilistiva.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/>

Bai%C3%A3o-e-Gon%C3%A7alves-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf. Acesso em: 02 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 08 abr. 2020.

BARBOSA, Danilo Ricardo Ferreira; DA SILVA, Carlos Sérgio Gurgel. A coleta e o uso indevido de dados pessoais: um panorama sobre a tutela da privacidade no Brasil e a lei geral de proteção de dados. **Rev. Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 5 (2019), nº 6: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa Alameda da Universidade. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019\\_06\\_0473\\_0514.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019_06_0473_0514.pdf). Acesso em: 23 jan. 2020.

CAIO, Gabriela; VASCONCELOS Maria; BARBOSA, Beatriz; MELO, Raquel; HOLANDA, Yanne. O tratamento de dados pessoais na LGPD: transparência e dever de informação. In **O que estão fazendo com os meus dados? A importância da Lei Geral de Proteção de Dados**. / coordenação Paloma Mendes Saldanha. - Recife: SerifaFina, 2019. Disponível em: <https://oabpe.org.br/wp-content/uploads/2020/01/Livro-CDTI-O-que-est%C3%A3o-fazendo-com-meus-dados-v11-2.pdf#page=28>. Acesso em: 27 jan. 2020.

DONEDA, Danilo. Privacidade e transparência no acesso à informação pública. In: MEZZAROBBA, Orides; GALINDO, Fernando. **Democracia eletrônica**. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2010. p. 179-216, p. 191.

FRAZÃO, ANA. Nova LGPD: o tratamento dos dados pessoais sensíveis. JOTA, 26 set. 2018a. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-o-tratamento-dos-dados-pessoais-sensiveis-26092018>. Acesso em: 09 ago. 2020.

FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuster Brasil, 2019.

FILHO, Carlos Edilson do Rêgo Monteiro; CASTRO, Diana Paiva de. Potencialidade do direito de acesso na nova Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018). In FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuster Brasil, 2019.

GONÇALVES, Tânia Carolina Nunes. **Gestão de Dados Pessoais e Sensíveis pela Administração Pública Federal: desafios, modelos e principais impactos com a nova Lei**; Orientador Prof. Dr. Marcelo Dias Varella. - Brasília, 2019. Disponível em: [https://www.uniceub.br/arquivo/144ng\\_20190730051313\\*.pdf?AID=3007](https://www.uniceub.br/arquivo/144ng_20190730051313*.pdf?AID=3007). Acesso em: 12 mai. 2020.

GOMES, Rodrigo Dias de Pinho. **Big data: desafios à tutela da pessoa humana na sociedade da informação**. Rio de Janeiro. 2019



MATOS, Ana Carla Harmatiuk; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Diálogos entre a Lei Geral de Proteção de Dados e a Lei de Acesso à Informação. In. FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuster Brasil, 2019.

MIGALHAS. Decolar.com é multada em R\$ 7,5 milhões por diferenciar preço de acordo com região. Junho de 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/282013/decolarcom-e-multada-em-r-7-5-milhoes-por-diferenciar-preco-de-acordo-com-regiao>. Acesso em: 08 abr. 2020.

MONICA, Eder Fernandes; COSTA, Ramon Silva. Prostituição masculina no GRINDR: perspectivas sobre privacidade, consentimento e princípio da não discriminação na Lei 13.709/18. **Libro de artículos**, p. 149. Disponível em: <http://sideciad.com/wp-content/uploads/2019/12/Libro-de-Articulos-I-SIDECIAD-5.pdf#page=150>. Acesso em: 14 abr. 2020.

MULHOLLAND, Caitlin. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). **R. Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-180, set./dez. 2018. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603/pdf>. Acesso em: 29 fev. 2020.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze; LOPES, Isabela Maria Pereira. Os princípios norteadores da proteção de dados pessoais no Brasil e sua otimização pela Lei 13.709/2018. In. FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuster Brasil, 2019.

QUENTAL, Fernada; SHORES, Isabella Buck; SACRAMENTO, Gabriel. A Internet das Coisas e a (in)segurança dos dados pessoais. CIO, FROM IDG, 20 dez. 2018. Disponível em: <https://cio.com.br/gestao/a-internet-das-coisas-e-a-inseguranca-dos-dados-pessoais/>. Acesso em: 08 mar. 2020.

RAMIRO, André; SANTINI, Barbara; ANDRADE, Genifer de; MARANHÃO, João Paulo Borba; LUCENA, Tatiana; AGUIAR, Thaís. Direito de Revisão: automatizada? In O que estão fazendo com os meus dados? A importância da Lei Geral de Proteção de Dados. / coordenação Paloma Mendes Saldanha. – Recife: SerifaFina, 2019. Disponível em: <https://oabpe.org.br/wp-content/uploads/2020/01/Livro-CDTI-O-que-est%C3%A3o-fazendo-com-meus-dados-v11-2.pdf#page=65>. Acesso em: 08 abr. 2020.

KONDER, Carlos Nelson. Tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018. In. FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuster Brasil, 2019

KORKMAZ, Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon. **Dados sensíveis na lei geral de proteção de dados pessoais: mecanismos de tutela para o livre desenvolvimento da personalidade**. Dissertação (Mestrado em Direito e Inovação) – Faculdade de direito da universidade de juiz de fora. 2019. Disponível em: [https://www.academia.edu/44074630/Dados\\_sens%C3%ADveis\\_na\\_Lei\\_Geral\\_de\\_Prote%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_Dados\\_Pessoais\\_mecanismos\\_de\\_tutela\\_para\\_o\\_livre\\_desenvolvimento\\_da\\_personalidade](https://www.academia.edu/44074630/Dados_sens%C3%ADveis_na_Lei_Geral_de_Prote%C3%A7%C3%A3o_de_Dados_Pessoais_mecanismos_de_tutela_para_o_livre_desenvolvimento_da_personalidade). Acesso em: 07 out. 2020

ZANDONAI, Amanda Closs; ARGILES, André Vátimo. Incidente de segurança: o vazamento de dados de clientes do banco inter sob a perspectiva da Lei 13.709/2018. **Justiça & Sociedade**, v. 4, n. 1, 2019. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/view/771>. Acesso em: 27 jan. 2020.

# A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ERA DIGITAL E OS CONTORNOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

**Nicole Sanábio Einsfeld**

Pós-graduanda em Direito Digital pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.  
Pós-graduada em Advocacia Contratual e Responsabilidade Civil pela Escola Brasileira de Direito. Advogada

## Resumo:

Os direitos civis e políticos abarcam a liberdade de expressão como um valor de teor absoluto e, à luz da dogmática majoritária acerca de direitos fundamentais, nenhum destes possui caráter absoluto juridicamente. Ocorre que o abuso desse direito, cujos exemplos expoentes são as *fake news*, o *hate speech* e o *revenge porn*, pode gerar prejuízos sócio-políticos incalculáveis, devendo a restrição à liberdade de expressão ser devidamente delineada, sob pena de transmutar-se em censura. A liberdade de expressão foi instituída como direito fundamental nas constituições liberais a partir do século XVIII, devendo ser analisada em conjunto com os demais direitos garantidos em um Estado Democrático, sendo o referido posicionamento da extraído da Declaração Universal de Direitos Humanos e combinando o discurso liberal com o discurso social da cidadania.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Liberdade de Expressão; Direito e Tecnologia; *Chilling effect*.

## Introdução

É vivenciado pela sociedade contemporânea um marco histórico de inclusões tecnológicas, principalmente nos séculos XX e XXI, conhecido como “Nova Era Digital”. Apesar de ser um grande avanço e possuir grande relevância para expansão de conhecimento, divulgação de notícias e aprimoramento da ideologia de uma sociedade, existem também fatores negativos, tais como quando ocorrem abusos deste direito à informação, podendo abalar diretamente a democracia de um Estado, levando em consideração que no ambiente virtual as informações divulgadas se propagam velozmente e têm alcance global.

Existe uma relação indissociável entre a liberdade de expressão e o prin-

cípio democrático, tendo em vista que aquela é precisamente o direito de saber, sendo um pré-requisito para a formação de opiniões. Todavia, nas redes sociais e na grande mídia, os materiais informativos circulados muitas vezes carecem de transparência. Desta forma, pode-se afirmar que o surgimento das redes sociais trouxe novos desafios à proteção dos direitos fundamentais.

Há grande discussão acerca da acessibilidade à *internet* e o que pode ser acessado através dela, por ser considerada “sem fronteiras”, levando em consideração os meios que eram conhecidos anteriormente para acesso à informação, repercutindo em uma grande propagação de notícias fraudulentas e de uma rivalização, com o começo de uma polarização do jornalismo tradicional, tendo em vista o fim dos gargalos de informação. Houve tempos em que se entendia que a *internet* era um universo paralelo, governado pela liberdade absoluta e sem censura. Entretanto, esta não pode ser enxergada como um ambiente em que os usuários toleram atos atentatórios aos seus direitos.

Todavia, deve-se ter em mente que nem todo fenômeno se traduz em mera falsidade, eis que obviamente existem conteúdos disponibilizados e compartilhados nas mídias sociais que são imparciais e relevantes. Para concluir-se que houve disponibilização de um discurso antidemocrático ou que houve um abuso de direito, o agente – que cria ou que retransmite a informação – deve agir de forma dolosa, com um propósito danoso de manipular as pessoas informadas.

O artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto São José da Costa Rica preconizam o direito de liberdade de opinião e expressão, através de qualquer meio e sem obstaculização de fronteiras. Não obstante, a autocensura (*chilling effect*) é meio de contenção da liberdade de expressão por excelência. Ocorre que não tem se mostrado eficaz em tempos de pós verdade, de forma que se mostra necessário a racionalização de métodos de restringência de opiniões, com o esmero de evadir eventual censura, em especial, no ambiente virtual, local idôneo para o pleno desenvolvimento da liberdade de expressão.

Embora seja nebulosa a possibilidade de restrição da liberdade de expressão, fato é que há uma tendência cada vez maior de que não se possa emitir opiniões ilimitadamente, devendo ser analisado o limite do legítimo direito à liberdade de expressão.

Enxerga-se um cenário preocupante de disseminação de práticas lesivas e de desinformação, acarretando, conseqüentemente, no enfraquecimento da democracia e na frustração da liberdade de expressão, podendo ocasionar assim, prejuízo às minorias, tendo em vista que a propagação de informações no ambiente tecnológico e o descrédito nas mídias tradicionais geram o cenário ideal para difusão de notícias falsas e discursos antidemocráticos.

Assim, o direito pode ser considerado uma ponte necessária entre a aplicação das normas jurídicas e as novas formas de comunicação, devendo sempre haver seu desenvolvimento e sua efetiva aplicação, adequando-se às modernidades e garantindo o respeito aos direitos fundamentais individuais e

## Os Desafios da Liberdade de Expressão e o Novo Mercado de Ideias

Os direitos fundamentais têm, por si só, uma hierarquia axiológica, embora não normativa, e qualificada em relação aos demais princípios constitucionais. Pode-se dizer que essa prevalência se sobressai no âmbito da liberdade de expressão, que possui raízes na democracia constitucional contemporânea. Assim, é bem verdade que, quando há um atentado à liberdade de expressão – através de comandos de restrições intensas e ostensivas – estremece, de forma direta, a democracia constitucional. Conforme afirma PERLINGIERI, “a informação, em uma sociedade democrática, representa o fundamento da participação do cidadão na vida do País e, portanto, do próprio correto funcionamento das instituições” (2008, p. 855).

A liberdade de expressão possui correlação com a ideia de produção de conhecimento – por ter como objetivo primordial o livre mercado de ideias, não estando em busca apenas da verdade, mas também da sofisticação de respostas mais exatas para situações complexas –, com a democracia – pois apesar de haver, na teoria, tensão entre constitucionalismo e hierarquia, há uma relação sinérgica entre eles, surgindo um processo de fortalecimento dos instrumentos constitucionais quando existe um processo de democratização em um país (processo de erosão democrática) – e, com a autonomia pessoal – uma vez que os indivíduos formam suas percepções e tomam decisões com base em interações imprecisas com outras pessoas.

Existem duas teorias acerca da natureza da liberdade de expressão: a teoria democrática e a teoria libertária. Para esta, a liberdade de expressão é, essencialmente, direito fundamental de defesa, sendo considerado direito de todo indivíduo exigir do Estado uma pretensão negativa, visto que a regulação estatal pode acarretar em censura. Aquela, por sua vez, aponta em sentido diametralmente oposto, enfatizando que todas as pessoas possuem o direito de serem bem informadas e, para isso, deve haver a intervenção estatal com o objetivo de que seja realizada apuração da verdade, acarretando na maior precisão das informações divulgadas.

Entende-se que o ideal seria a aplicação concomitante de ambas as teorias, de forma equilibrada e otimizada, para que se tenha, em um mesmo Estado, a efetiva democracia e a garantia da liberdade de expressão, diante do fato desta liberdade não ser um direito absoluto, como já entendia HOLMES JR “ninguém tem o direito de gritar fogo em um cinema lotado”.<sup>1</sup> Apesar de não gozar de absolutividade, surgiu em 1942 nos Estados Unidos e foi desenvolvida em 1945 a posição que vem sendo adotada de forma preferencial pela doutrina até os dias de hoje, na qual afirma-se que a liberdade de expressão

1 No original: “Shouting fire in a crowded theater”. (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Schenck v. United States**, 1919).

apenas pode ser afastada nas hipóteses em que há um claro e iminente perigo ao bem-estar da sociedade, como ocorreria em uma tentativa de ruptura da democracia ou violação direta aos direitos fundamentais da pessoa humana.

A importância do reconhecimento ao direito à liberdade de expressão é tamanha que foi consagrado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual aduz em seu artigo XIX que “todos os seres humanos têm direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”, pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, também em seu artigo 19<sup>2</sup> e, ainda, pelo Pacto de São José da Costa Rica em seu artigo 13.<sup>3</sup> Continuamente, existe proteção legal através da Declaração de Princípios Sobre a Liberdade de Expressão,<sup>4</sup> podendo verificar-se, portanto, que é um direito protegido internacionalmente, em especial, pelos países cuja tradição é eminentemente ocidental. “A liberdade de expressão traz em sua raiz valores dos mais relevantes do ponto de vista constitucional. Estão internalizados em seu âmago a democracia e a autonomia, com forte vínculo com a dignidade humana. Um direito com tamanha envergadura é tributário de um tratamento

2 ARTIGO 19 1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

3 Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

4 2. Toda pessoa tem o direito de buscar, receber e divulgar informação e opiniões livremente, nos termos estipulados no Artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Todas as pessoas devem contar com igualdade de oportunidades para receber, buscar e divulgar informação por qualquer meio de comunicação, sem discriminação por nenhum motivo, inclusive os de raça, cor, religião, sexo, idioma, opiniões políticas ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

distinto” (FARAH, 2018, p. 28).

Ademais, é errôneo realizar a afirmação de que há prevalência da liberdade de expressão aos direitos da personalidade, pois tratam-se igualmente de valores e garantias constitucionais. Nos casos em que houver conflito entre estes direitos, é necessário analisar, no caso concreto, como deve ser realizado o filtro, analisando as circunstâncias concretas, tais como se o fato é verdadeiro, a licitude do meio empregado para obter determinada informação, a profissionalidade – pública ou privada – de quem é retratado, o local e a natureza do fato, se há interesse público na publicação e se foram buscadas medidas que não envolvem proibição prévia de veiculação de informações, já que esta deve ser realizada em *ultima ratio*.

Oportunamente, há quem faça crítica à Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988,<sup>5</sup> uma vez que esta autoriza a emissão de opinião, a divulgação da notícia para, posteriormente, caso haja violação ao direito fundamental, o autor da divulgação da informação seja responsabilizado nas esferas cível e criminal. A mencionada ordem cronológica dos acontecimentos cria uma zona de incerteza e ausência de parâmetros nos julgados, já que ainda não existe pacificação na jurisprudência, podendo ser considerado, deste modo, uma estratégia de intimidação.

Em um Estado Democrático de Direito e, principalmente, na era digital vivenciada no século XXI na qual o aquecimento do debate tem grande relevância ao interesse público, tal situação causa extrema preocupação, eis que, quando há responsabilização indevida ou excessiva – seja no âmbito civil seja no âmbito criminal – pode acarretar em um efeito resfriador do debate, mais conhecido como *chilling effect*. Nas palavras de FARAH, “o *chilling effect* é uma situação pela qual se abafa a conduta de uma pessoa por consequência de um acontecimento que a inibe” (2018, p. 63). O direito tem o dever de dissuadir tudo que causa interferência no livre exercício dos direitos fundamentais, em especial quando essa ingerência se dá na esfera da liberdade de expressão, fazendo com que as pessoas tenham medo de defender algo que foge do senso comum.<sup>6</sup> Como bem ilustra SCHREIBER, são “cada vez mais corriqueiros os exemplos de *silenciamento de vozes* na *internet*, por meio de práticas grupais de opressão genérica ou específica que soterram o exercício da liberdade de expressão ou estimulam um crescente desinteresse pela exposição e intercâmbio de ideias em ambientes virtuais” (2020, p. 3).

5 A Constituição brasileira de 1988 é clara ao preconizar em seu artigo 5º, como direito fundamental, nos incisos IV e IX, que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” e “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Essas disposições são essenciais na legislação brasileira tendo em vista golpes de Estado e regime ditatorial vivenciado pelo país antes desta Constituição. Neste período, inclusive, havia censura e restrição à imprensa, sendo hipóteses claras de desinformação e violação à liberdade de expressão.

6 Importante destacar que a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu, no caso *New York Times Co. v. Sullivan*, que a Primeira Emenda protege a publicação de qualquer manifestação, incluindo as inverídicas, desde que não divulgadas com má-fé. (ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. **New York Times Co. v. Sullivan**, 1964).

Estamos diante de um “movimento internacional de jovens ávidos para experimentar, coletivamente, formas de comunicação diferentes daquelas que as mídias clássicas nos propõem” (LÉVY, 1999, p. 11), sendo a *internet* considerada um universo governado pela “liberdade absoluta” e as redes sociais trazendo desafios inimagináveis à tutela dos direitos fundamentais – principalmente no que tange à liberdade de expressão. Para que esse universo e esse novo mercado de ideias sejam compatíveis com o Estado Democrático e com os direitos fundamentais assegurados aos indivíduos, conforme preconiza SCHREIBER, o Direito, por ser considerado um conjunto de normas que regula a vida social, “é o único parâmetro efetivamente democrático para a solução dessas controvérsias e o único instrumento que assegura que uma efetiva tutela da liberdade de expressão não restará comprometida por práticas de mercado” (2020, p. 4).

## **Exercício Efetivo da Democracia, Abusos de Direito e Discursos Antidemocráticos**

A democracia constitucional nasceu do pressuposto da tolerância de quem pensa diferente, das minorias, das pessoas com pensamentos ideológicos distintos, diante o fato de a democracia ter o dever de ser neutra e de ser proativa em face daqueles que contrariam a democracia. “A democracia pode ser encarada como um governo de opinião ou um governo por intermédio da discussão, sendo a liberdade de expressão uma condição para seu correto funcionamento” (FARAH, 2018, p. 17-18).

Historicamente, a época das treze colônias, o Estado era visto como adversário devido à sobreposição dos interesses do governo e das maiorias, havendo, assim, uma colisão de interesses entre os cidadãos e a coroa britânica. A doutrina mais relevante no mundo acerca da liberdade de expressão é a doutrina norte-americana, pautada na Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, na qual é previsto, de forma traduzida, que “o Congresso não fará nenhuma lei a respeito do estabelecimento de uma religião, ou proibindo o livre exercício dela; ou cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito do povo se reunir pacificamente e dirigir petições ao governo para a reparação de injustiças”<sup>7</sup>.

Pautado na doutrina norte-americana, que tem uma regulação estatal totalmente ampliativa – dando mais luz ao debate e ao discurso –, distingue-se a regulação advinda do Estado entre ampliativa e restritiva, quando essa intervenção se dá de forma direta. Todavia, deve haver uma extrema cautela no exercício desta regulação estatal, para que não seja exercida de forma excessiva ou, opostamente, de forma escassa.

<sup>7</sup> Pode-se dizer, assim, que foi adotada por alguns nos Estados Unidos uma postura absolutista, ou seja, em choque com outro direito, a liberdade de expressão vai prevalecer. Assim ocorreu em *Konigsberg v. State Bar of California*, momento em que Justice Hugo Black entendeu que a liberdade de expressão é absoluta e a restrição estatal é incabível. (ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte. **Konigsberg v. State Bar of California**, 1961).



Com o ápice do avanço do constitucionalismo democrático após a queda do muro de Berlim, passamos a vivenciar um declínio da democracia, surgindo como alternativa uma proposta contrária à essa essência<sup>8</sup> e marcado pela ascensão de líderes populistas, havendo uma hipótese cristalina de dicotomia entre o povo e a elite política/econômica degenerada. Neste movimento, que ganhou poder nos mais diversos países e em todas as posições partidárias, tem-se um apelo às massas com o fulcro de colocá-las contra as instituições estatais e acaba gerando, conseqüentemente, abalo à força e a estabilidade dessas instituições.

A expansão do populismo trouxe uma ideia crescente de que “os políticos não os representam, que os partidos priorizam os próprios interesses, que os parlamentos não são representativos e que os governos são corruptos, injustos, burocráticos e opressivos” (CASTELLS, 2018, p. 12). Neste diapasão, por ser a democracia um regime baseado na tolerância, uma vez que se entende que os indivíduos são dignos de igual consideração e respeito, esse cenário se torna totalmente propício para o surgimento de *outsiders*.<sup>9</sup>

Surge, assim, o fenômeno do discurso de ódio, mais conhecido como *hate speech*, por trazer a ideia de discursos contrários às instituições constitucionais e ao fundamento da democracia constitucional, dentre o qual se destaca a liberdade de expressão.<sup>10</sup> O discurso de ódio é uma cristalina afronta à dignidade da pessoa humana que preconiza a igualdade estrutural entre as pessoas e, por esta razão, não podem ser respaldados pela liberdade de expressão, independente de qual vertente seja adotada – teoria libertária ou teoria democrática. Traduzindo as palavras de POPPER, “devemos reivindicar que qualquer movimento intolerante seja posto fora da lei, e devemos considerar como criminosos o incitamento à intolerância e a perseguição, exatamente como devemos considerar o incitamento ao assassinato, ou ao sequestro” (2013, p. 581).

Considerando que grande parte da população mundial se encontra imersa no ambiente virtual, as informações falsas – *fake news* – *viralizam* num piscar de olhos, por estarmos diante de um solo fértil capaz de manipular opiniões e informações. Entende-se que foi criado um “círculo vicioso perverso”, pois “a falta de credibilidade da grande mídia tornou o terreno propício para a disseminação de *fake news*; as *fake news* passam a ser mais aceitas como algo verdadeiro; isso aprofunda ainda mais a desconfiança em relação à grande mídia,

---

8 Neste sentido, já preconizava Francis Fukuyama em seu livro **O fim da história**, no qual argumentou que a disseminação da democracia liberal e do capitalismo de mercado livre no mundo pode marcar o fim da evolução social e cultural humana.

9 “Nos países de língua inglesa, como em todas as outras sociedades humanas, a maioria das pessoas dispõe de uma gama de termos que estigmatizam outros grupos, e que só fazem sentido no contexto de relações específicas entre os estabelecidos e outsiders” (ELIAS & SCOTSON, 2000, p. 27).

10 LEWIS define: “ataques virulentos a judeus, negros, muçulmanos, homossexuais ou membros de qualquer outro grupo. É ódio puro, não baseado em algum erro praticado por um indivíduo” (2011, p. 187).

o que retroalimenta o ciclo” (MORAES, 2020, p. 186). Nem todas as informações divulgadas digitalmente são reais, conforme entendimento do pensador MOUNIHAN que “todos têm direito à própria opinião, mas não a seus próprios fatos”.

Este cenário de propagação de qualquer tipo de informação pela via digital auxilia, ainda, à realização da pornografia de vingança, conhecida como *revenge porn*, modalidade de crime sexual que se consuma virtualmente quando há divulgação por um ex parceiro de fotos e/ou vídeos com cenas íntimas, nudez, relações sexuais ou conteúdos similares, objetivando vingança. Neste sentido, diante a rapidez que uma informação se propaga nas redes sociais e demais canais na *internet*, tratando-se de ato que extrapola o direito à liberdade de expressão e, precipuamente, sendo tamanha violação aos direitos da pessoa humana, deve-se levar em consideração o direito de esquecimento, principalmente da remoção desta modalidade de conteúdo, já que “um mero descuido, na *internet*, é imperdoável, porque é inesquecível” (JANNY, 137, p. 54).<sup>11</sup>

Desta forma, faz-se necessário entender de que maneira discursos antidemocráticos, estratégias de desinformação e abusos de direito se relacionam com a liberdade de expressão e como podem interferir no direito efetivo da democracia, pois em uma esfera onde todos podem se manifestar de forma legítima, segue-se, em regra, a lógica do livre mercado, no qual a melhor ideia deve prevalecer. O ponto fulcral é que a democracia deve se autodefender para que possa, conseqüentemente, proteger a liberdade de expressão. Dentro de um Estado imparcial e neutro quanto a denominações religiosas e preferências político-partidárias, deve não só haver um controle de conteúdo para conter discursos antidemocráticos e abusos de direito, mas também deve haver fomento das estratégias de informação e de busca pela verdade.

## Desafios da Liberdade de Expressão na Era Digital

Em um Estado liberal e democrático, a liberdade de expressão é considerada um direito de primeira geração, não podendo haver intervenção estatal no exercício das atividades particulares por esta ser considerada uma pré-condição às demais liberdades de informação e de comunicação. “Impossível, assim, imaginar-se um sistema democrático no qual esteja ausente a liberdade de expressão, já que somente por meio dela se atinge a necessária oxigenação da sociedade, permitindo-se o desenvolvimento cultural, a alternância de poder e a fiscalização dos poderes constituintes” (MORAES, 2020, p. 174).

Todavia, há uma objeção ao posicionamento liberal extremo, uma vez que não se pode falar em unidade e igualdade social, sendo a sociedade composta de forma heterogênea e marcada por desigualdades, fazendo-se necessária a intervenção estatal, ainda que de forma mínima, para que a democracia

---

11 Um exemplo é o que ocorre na União Europeia e nos Estados Unidos, onde se entendeu pelo direito ao esquecimento, permitindo a remoção de conteúdos relacionados ao *revenge porn*, através do sistema do *notice and takedown*.

e a autonomia sejam protegidas.

Em se tratando do século XXI, conhecido pela nova era digital, enfrenta-se um dilema entre o efetivo exercício da democracia e a extensão da liberdade de expressão frente às novas tecnologias. Afirma-se que “a tecnologia está mudando rapidamente a maneira como interagimos com o mundo à nossa volta. Visando atender às mais novas demandas dos consumidores, empresas estão desenvolvendo hoje produtos com interfaces tecnológicas que seriam inimagináveis há uma década” (MARANI, 2018, p.19). A *internet*, sendo um universo onde as pessoas expressão suas opiniões e acessam em busca de notícias – não tendo uma censura prévia pois, em regra, a restrição é *a posteriori* –, é considerada um solo fértil para a propagação da desinformação, de discursos de ódios e de *fake news*. Conforme entende FARAH:

Não sem razão, existe a preocupação com a fragmentação e a polarização, ocasionadas pela soma de acesso e recepção de informação e opiniões apenas de conteúdo que pessoas de ideias semelhantes possuem, onde a troca de ideias somente se dá dentro de um grupo homogêneo e não amplamente. A consequência empírica disso é o crescimento do discurso de ódio digital e da radicalização política (FARAH, 2018, p. 80).

Apesar da era digital ser marcada por um ambiente tecnológico, vivencia-se um cenário no qual objetiva-se a transparência dos veículos de mídia e a extinção das *fake news*, preconizando a menor difusão possível de notícias falsas. Já caiu em desuso a tese de que a *internet* não deve ser regulada por ser um mundo à parte e por haver um autogoverno cibernético. Por haver neutralidade da rede e por ser o mundo virtual parte do mundo real, faz-se necessária a regulação da *internet*. Tão presente no nosso cotidiano, podendo isso ser entendido como benéfico ou prejudicial, a *internet* promove a interação internacional, fomentando todo o tipo de discurso e de comunicação, o que não era visto apenas na época das notícias divulgadas pelas grandes imprensas e pelos grandes canais midiáticos. De forma a tentar evitar o problema da desinformação, faz-se ideal a correção, ou seja, deve o Estado ficar responsável por ditar comandos gerais e por fiscalizar e, os *players* privados ficar responsáveis por implementar essas exigências.

Outra preocupação da atualidade virtual é acerca do anonimato, ou seja, até que ponto o anonimato deve ser vedado ou permitido? E se, apesar do anonimato, o conteúdo for democraticamente relevante? Ele mesmo assim deve ser vedado? A Constituição da República Federativa do Brasil veda expressamente o anonimato em seu artigo 5º, inciso IV, “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Por outro viés, existem países que permitem o anonimato, como a Alemanha, que vem entendendo ser este um “direito acessório à liberdade de expressão” e os Estados Unidos da América, que considera o direito ao anonimato inserido no direito à liberdade de

expressão.<sup>12</sup>

Apesar da função protetiva da liberdade de expressão, se um discurso anônimo não fere a democracia e respeita todos os limites constitucionais, por que ele deve ser vedado? Ainda mais que, com o avanço da tecnologia, fica cada vez mais fácil o acesso a informações quanto ao URL, ao IP e acesso ao indivíduo que violar tais direitos, permitindo sua responsabilização. Enfatizando que, *prima facie* defende-se a não censura, sendo o dano reparado como *ultima ratio*, caso seja verificada, de fato, a violação aos direitos essenciais da pessoa humana ou a tentativa da ruptura da democracia de um país. De forma contínua, também é possível a remoção de conteúdo postado por terceiro quando entendido que este é violador dos direitos acima mencionados, ressaltando que a adoção da remoção é realizada de forma distinta pelos países – se precisa de identificação da URL, se deve haver notificação judicial ou extrajudicial, dentre outros.<sup>13</sup> Em adição, um assunto extremamente delicado é a tentativa de regulação da *deep web*, ou seja, a *internet* oculta, que, *a priori*, não pode ser acessada através dos mecanismos de busca, sendo esta uma ferramenta capaz de dificultar a responsabilização por atos violadores da democracia.

Em um momento de pós-verdade, podendo as notícias serem transmitidas em tempo real e de forma instantânea, o fomento da troca de informações, de conteúdo e da própria busca pela verdade acarreta no fortalecimento da democracia e da igualdade substancial e social de um país, amenizando, inclusive, o *chilling effect*. Traduzindo as palavras de HOLMES, “o melhor teste para a verdade é o poder do pensamento de se fazer aceito na competição de mercado” (1919).

## Conclusão

É inegável que dentro de um Estado Democrático de Direito todos possuem, de forma igualitária, o direito à liberdade de informação, de pensamento e de ação, desde que estes não interfiram na liberdade alheia ou na própria democracia do país.<sup>14</sup>

Desta maneira, com maior liberdade de informação, da exposição de fatos ou acontecimentos, incorrerá, conseqüentemente, em maior reflexão da sociedade. Por esta razão e diante da busca por todas as versões das informações disponibilizadas, quem as disponibiliza deve ser imparcial. Noutras palavras, deve entregar o conhecimento da mesma forma para tornar todos, na

12 ESTADOS UNIDOS. **Suprema Corte. Talley v. California**, 362, U.S. 60, 1960.

13 Na Índia, por exemplo, a notificação deve ser governamental ou judicial, como entendeu a Suprema Corte. *Shreya Singhal v. Union of India*, em writ criminal n° 167/2012. Já na Espanha a notificação pode ser realizada de forma judicial ou extrajudicial, sendo aceito qualquer meio que denote ciência, como já decidiu o Tribunal Supremo – STS 2.245/2013.

14 Neste sentido, pode citar-se: “Eu desaprovo o que dizes, mas defenderei até a morte teu direito de dizê-lo”. (TALLENTYRE, 1906, p.199)

tentativa de torná-los mais iguais intelectualmente e no saber, viabilizando a decisão consciente do cidadão politicamente informado, afastando a propagação de discursos antidemocráticos, em sua forma ampla. Como já dizia John L. Austin, “palavras são atos”.

A liberdade de expressão envolve o direito de falar e de ser ouvido, sem que haja censura. Deve haver uma relação recíproca entre informante e informado, com respeito e igualdade. Todavia, existem incontáveis experiências de injustiças e violências causadas em mídias sociais através de abusos de direito ou de proferimento de discursos antidemocráticos.

Apesar de ser um fenômeno relativamente recente, a Era Digital já mostrou que não pode haver, de fato, um excesso ou uma ausência de “liberalismo” para que haja o efetivo exercício da democracia. Estamos diante de um momento de pós-verdade, ou seja, de superação da verdade, um período de individualismo exacerbado, havendo uma percepção subjetivada de algo que é objetivo. Dar-se-á, principalmente, devido à crise política e econômica encontrada nacional e internacionalmente, acarretando, inclusive, em uma redução da confiança no jornalismo e buscando mídias alternativas de veiculação de informação.

De fato, os abusos de direito e os discursos antidemocráticos são um dos grandes desafios enfrentados na sociedade, tendo em vista que causam o agravamento da crise democrática, a imprecisão das crenças da população, desincentivo no investimento em reportagens precisas e de confiança, maior divulgação de notícias falsas e modificação na percepção e opiniões dos indivíduos, além da diminuição do compromisso com a verdade.

Portanto, é impossível imaginar um sistema democrático sem liberdade de expressão, pois somente por meio de um sistema democrático a sociedade pode obter a oxigenação necessária para promover o desenvolvimento cultural. Neste toar, deve-se levar em consideração que não deve ser defendida a tese de que a *internet* deve possuir uma natureza absoluta, como um território livre para todos fazerem o que quiserem, mas sim deve ser entendida como um ambiente que, apesar de ser espaço para troca de informações e opiniões, deve sempre respeitar os direitos fundamentais de um Estado Democrático de Direito acarretando, conseqüentemente, na promoção do desenvolvimento social por meio do fortalecimento da democracia.

## Referências

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Tradução de Joana Angélica d’Ávila Melo, Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

ELIAS, N. & SCOTSON, J. L. **Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

FARAH, André. **Liberdade de expressão e remoção de conteúdo da internet**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

JANNY, Raphael Lobato Collet. **A liberdade de expressão e o direito ao esquecimento na internet**. Revista da ABPI, Rio de Janeiro, n. 137, p.54-60, jul./ago. 2015, p. 54.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 1ª ed. São Paulo: Ed. 34, 1999.

LEWIS, Anthony. **Liberdade para as Ideias que Odiamos – Uma Biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana**. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

MARANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

MORAES, Bruno Terra de. **Mídia democrática: controle de qualidade da notícia a serviço da plenitude do direito à informação**. In: SCHREIBER, Anderson. MORAES, Bruno Terra de. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. **Direito e Mídia – Tecnologia e Liberdade de Expressão**. São Paulo: Editora Foco, 2020.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

POPPER, Karl. **The Open Society and Its Enemies**. New One-Volume Edition. Princeton: Princeton University Press, 2013.

S. G. TALLENTYRE. **The Friends of Voltaire**. Londres: Smith, Elder & Co., 1906.

SCHREIBER, Anderson. **Liberdade de expressão e tecnologia**. In: SCHREIBER, Anderson. MORAES, Bruno Terra de. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. **Direito e Mídia – Tecnologia e Liberdade de Expressão**. São Paulo: Editora Foco, 2020.

# O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO UM ALIADO PARA UNIFORMIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

**Tiago Henrique Grigorini**

Mestrando em Ciências Jurídicas pela UAL – Universidade Autónoma de Lisboa; pós graduado *lato sensu* em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp; Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Professor da Faculdade Reges de Dracena; Professor convidado do MEGE Cursos Jurídicos

## **Resumo:**

O presente trabalho pretende, dentro do contexto da crise dos diálogos constitucionais, analisar teoria transconstitucionalista e verificar sua aptidão para a cooperar na solução de questões jurídicas, em especial no que toca direitos humanos, que quando violados desafia (ou desafiaria) uma solução homogênea entre os ordenamentos jurídico mundiais. Através de uma metodologia dedutivo hipotética busca-se, dentro da respetiva teoria, verificar quais são as ferramentas que o Transconstitucionalismo de Marcelo Neves propõe para viabilizar soluções homogêneas para problemas que transcendem mais de um ordenamento jurídico, em especial dos Direitos Humanos. A análise crítica se desenvolve através de uma leitura da evolução da teoria do Estado e seus elementos, do próprio Constitucionalismo enquanto movimento e suas diversas facetas, até chegamos ao Transconstitucionalismo. São pontuados os principais tópicos de referida tese, concluindo por ser ela um caminho a se seguir na tentativa de se equalizar tais problemas.

**Palavras-chave:** Transconstitucionalismo; Estado; Direitos Humanos.

## **Introdução**

Um dos grandes desafios dos Estados constitucionais modernos é entender e operacionalizar, à luz da Constituição de cada um deles, a realidade internacional a que vive o século XXI. Cediço que o fenómeno da globalização, aliado ao impressionante avanço das tecnologias de comunicação, deu aos estudiosos desse século um desafiador panorama, completamente distinto daquele de outrora. Os limites territoriais já não parecem tão limitados; o povo, a cada dia, parece não carregar apenas uma bandeira, senão várias, numa ideia de cidadãos do mundo; a soberania, antes tida como um elemen-

to insuperável do conceito de Estado, passa por uma profunda reanálise em seu suporte filosófico-jurídico diante dos blocos estatais, das comunidades de nações e até mesmo de órgãos de características internacionais que surgiram no pós segunda guerra. Parece, assim, metodologicamente correto, a par da realidade globalizada que se vive a maioria dos Estados, traçar alguns pontos de compreensão e/ou explicação do universo no chamado “constitucionalismo global”<sup>1</sup> para que o operador do Direito consiga se localizar diante desse quadro que se verifica.

Assim, através de uma metodologia dedutivo hipotética o presente artigo busca verificar quais são as ferramentas que o Transconstitucionalismo de Marcelo Neves apresenta a fim de viabilizar soluções homogêneas para problemas que transcendem mais de um ordenamento jurídico, em especial dos Direitos Humanos.

No primeiro capítulo a ideia é de fixar as bases e o conceito de Estado a partir de seus respetivos elementos clássicos: o território, o povo e a soberania. Num segundo momento, passa-se a análise dos Estados constitucionais a partir do fenómeno do constitucionalismo, que será desenvolvido a partir do corte histórico do movimento constitucionalista. Tomando por base a obra de Canotilho, o estudo será dividido no constitucionalismo antigo, que abrange, principalmente, os movimentos ocorridos na idade antiga e média; em seguida, passa-se ao estudo do constitucionalismo moderno, que toca os movimentos do constitucionalismo liberal e social, com especial olhar para aqueles ocorridos na França e nos Estados Unidos da América. Em seguida, trataremos da transconstitucionalismo onde, com base no livro de mesmo título do autor Marcelo Neves e em algumas análises feitas acerca desta obra, busca-se fixar as respetivas ideias, apresentando um plano conceitual, fundamentos, principais características, bem como um paralelo com a aplicabilidade das respetivas ferramentas dentro do contexto dos direitos humanos.

## O Estado e Seus Elementos

Antes de adentrarmos no estudo do constitucionalismo, do Transconstitucionalismo e suas respetivas nuances, entende-se necessário fazer um breve aparato contextualizador acerca do “Estado”. Com efeito, fixar as bases, ainda que mínimas, acerca do Estado, é de suma importância a fim de entender o fenómeno do constitucionalismo pois, nos dizeres de Jorge Miranda “[...] a Constituição nesta acepção se afigura inerente ao conceito ou indissociável a existência do Estado [...]”<sup>2</sup>.

Durante as leituras, pode-se observar que encontrar um conceito de Estado que alcance todas as correntes doutrinárias é absolutamente impossível,

1 Expressão usada por Gomes Canotilho *in* **Direito Constitucional e teoria da constituição**. - 7ª ed. 20 reimp.- Coimbra. Edições Almedina S.A. p. 1369.

2 MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional. Vol. 1: Estado e constitucionalismo, constituição, direitos fundamentais**. Lisboa. Universidade Católica Editora. 2016. p. 14.



pois sendo este um ente complexo, que pode ser abordado sob diversos pontos de vista (e sendo extremamente variável quanto à forma por sua própria natureza), vários poderão ser os pontos de partida para que se desenvolva o seu conceito. Não se olvide, ainda, consoante se observa em Dallari<sup>3</sup>, as várias facetas e os vários critérios adorados pelos estudiosos para se chegar a um conceito, ainda que não unânime, de Estado.

Nesse íterim, na obra de Gouveia<sup>4</sup>, podemos extrair o conceito de Estado como “a estrutura juridicamente personalizada, quem num dado território exerce um poder político soberano, em nome de uma comunidade de cidadãos que ao mesmo se vincula”. Da riqueza do conceito apresentada pelo autor, pode-se extrair elementos essenciais para a existência do Estado, além do destinatário de suas atividades, qual seja, o cidadão. É interessante notar que a definição trazida acima muito se assemelha àquela apresentada por outros autores contemporâneos. Dalmo de Abreu Dallari, por exemplo, apresenta o Estado como “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”<sup>5</sup>. Canotillo<sup>6</sup> afirma que o Estado seria “uma forma histórica de organização jurídica de poder dotada de *qualidades* que a distinguem de outros ‘poderes’ e ‘organizações de poder’”. Jorge Miranda<sup>7</sup>, por sua vez, ao fazer uma abordagem histórica com um viés de relacionar o Estado com o constitucionalismo, embora não apresente um conceito fechado, deixa claro que qualquer definição que se trabalhe, necessário perpassar pelos três elementos ou “condições de existência” do Estado, quais sejam, povo, território e poder político. Verifica-se, pois, que de comum, os conceitos acima trazem os elementos humano, físico e o funcional.

No que se refere ao elemento humano - o povo, verifica-se ser este, talvez, o componente mais importante da estrutura ora estudada. Afinal, é em torno deste elemento, do substrato humano (e porque não dizer em função dele), que se concentra toda a razão de ser do Estado. Na obra de Dallari, o povo é definido como um conjunto dos indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano.

O território como componente necessário do Estado só apareceu com o Estado Moderno, embora, à semelhança do que ocorreu com a soberania (vide linhas abaixo), isso não queira dizer que os Estados anteriores não tivessem território. Afirma Rezek<sup>8</sup> que é sobre o território que o Estado exerce

---

3 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado / Dalmo de Abreu Dallari**. – 30ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 139-142.

4 GOUVEIA. *Op cit.* p. 139.

5 DALLARI. *Op cit.* p. 122.

6 CANOTILLO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. - 7ª ed. 20 reimp.- Coimbra. Edições Almedina S.A. p. 89-90.

7 MIRANDA. *Op cit.* p. 29-30.

8 REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13ª ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 193-194.

sua jurisdição, sendo que por território devemos entender a área terrestre do Estado, “somados àqueles espaços hídricos de topografia puramente interna, como os rios e os lagos que circunscrevem no interior dessa área sólida”. Bacelar Gouveia trata o território como uma “parcela de espaço físico que se submete ao respetivo poder político soberano”, ou seja, um domínio espacial, geográfico, onde o Estado exerce seu poder. Nesse contexto, a importância de referido elemento se verifica, para citado autor, na medida de ser no espaço físico o local onde se exerce as diversas funções estatais, como sediar os órgãos estaduais, local de aplicação das políticas públicas, além de questões ligadas à soberania, como delimitação do âmbito de aplicação da ordem jurídica ou independência nacional<sup>9</sup>. É, pois, no território que as pessoas vivem!

Como último elemento a ser tratado, temos o volitivo, ou seja, **a soberania**. Dos elementos estudados, talvez seja este o mais complexo, dada sua subjetividade e as diferentes acepções que ganha ao longo de seu uso. Francisco Rezek afirma que apenas ter um conjunto de pessoas de forma estável num local definido sob a autoridade de um governo não é suficiente para se definir um Estado. Para o autor, tais situações podem ser facilmente verificadas em entes que não são reconhecidos, ao menos no âmbito internacional, com um Estado. É que se verifica com províncias federadas como a Califórnia ou São Paulo e até mesmo com municípios como Belo Horizonte ou Buenos Aires. A estes falta o elemento soberania, que se consubstancia na ausência de subordinação a qualquer outra autoridade exterior que não se reconheça, livremente, como superior.<sup>10</sup>

## A Evolução dos Estados Constitucionais

Antes de se imergir no estudo do Transconstitucionalismo, interessante se faz uma abordagem, ainda que superficial, acerca do tema “constitucionalismo”. E nesse contexto, nada mais didático do que, após se apresentar uma base conceitual, fixar os alicerces desse fenômeno, procurando estudá-lo num corte histórico evolutivo. Este é, pois, o entendimento (e o caminho) sugerido por Canotilho<sup>11</sup>, e que será adotado neste texto.

Em sua obra, Canotilho afirma que Constitucionalismo “é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”<sup>12</sup>. E complementa afirmando que tal fenômeno representará sempre uma técnica específica de limitação do poder com fins “garantísticos”. Interessante também é a leitura de Dworkin, que apresenta o constitucionalismo um fenômeno que traz direitos jurídicos individuais os quais o legislador não pode anular ou mesmo diminuir<sup>13</sup>. Em outra leitura, o cons-

9 GOUVEIA. *Op cit.* p. 153-156.

10 REZEK, *Op cit.* p. 259.

11 *Ibidem.* p. 51 e ss.

12 *Idem.* p. 51.

13 DWORKIN, Ronald. **Constitucionalismo e democracia**. Tradução Emílio Peluso

titucionalismo se apresenta em quatro diferentes orientações: o primeiro se revela como um movimento político-social com origens históricas remotas que objetivava impor limites ao poder; num outro momento, se orienta como “cartas constitucionais” impostas e apresentadas de forma escrita; o terceiro diz que constitucionalismo se apresentaria como um movimento de indicação dos propósitos “mais latentes e atuais” das Constituições nas sociedades; e numa vertente restritiva, o constitucionalismo se apresenta como a evolução histórico constitucional de um Estado<sup>14</sup>. Marcelo Novelino<sup>15</sup>, afirma que em sentido amplo constitucionalismo seria um termo empregado para designar a existência da constituição nos Estados.

Com efeito, embora os conceitos acima se apresentem com a ideia moderna do constitucionalismo, interessante uma análise dos diferentes movimentos que ao longo da história podem (ou não) ser entendidos como constitucionalismo, pois haverá sempre um conjunto de convenções que a vida em sociedade demandou observância.

Para Canotilho, o constitucionalismo antigo é o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários que serviam de alicerce aos direitos estamentais<sup>16</sup>. Nesse norte, durante a idade média é possível observar uma ideia mais próxima daquilo que se entende hoje como constitucionalismo. É que nessa época, marcada pelos regimes onde a figura do soberano era a representação da divindade na terra, a característica marcante do constitucionalismo foi justamente a busca do resgate dos direitos individuais e a luta contra arbitrariedades. Tratou-se de um verdadeiro movimento em busca da conquista da liberdade, que teve como maior expoente, sem dúvida, a “Magna Charta Libertatum”, de 15 de junho de 1215, outorgado pelo Rei João na Inglaterra. Com efeito, a Magna Charta trouxe consigo o que se convencionou chamar de “pactum subjectionis”, que se tratava de um acordo limitador do arbítrio daqueles que governavam, sendo certo que o termo Constituição, toma contornos de um compromisso fundamental<sup>17</sup>. Canotilho<sup>18</sup>, abordando a Magna

---

Neder Meyer. In: *European Journal of Philosophy*, n. 3:1, pp. 02-11, 1995. p. 01, *apud* GADOTTI, Gisele Araújo. **Do Constitucionalismo ao Transconstitucionalismo: Considerações sobre o(s) sentido(s) do Constitucionalismo na Contemporaneidade Com Especial Referência Aos Direitos Fundamentais** [em linha]. Disponível em <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34748/1/Do%20Constitucionalismo%20ao%20Transconstitucionalismo%20consideracoes%20sobre%20o%28s%29%20sentido%28s%29%20do%20constitucionalismo.pdf>. Último acesso em 23/03/2020.

14 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23

15 NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivum. 2018. p. 49.

16 CANOTILHO. *Op. cit.* p. 52.

17 BARACHO, J. A. O. Teoria Geral do Constitucionalismo. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 91 (1986), p. 5-62. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181702> acesso em 03/11/2019.

18 CANOTILHO, *Op. cit.* p. 382-383. Referido artigo 39 citado na obra afirma que “ Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos, nem mandaremos proceder contra ele, senão em julgamento regular pelos seus pares ou de

Charta, detecta a interpretação do célebre art. 39, onde afirma que referido artigo representava a garantia dos direitos de liberdade e propriedade, tanto do clero quanto da nobreza, o que traria uma limitação a um poder até então ilimitado. De forma simples, as principais ideias do Constitucionalismo na idade média são: 1) existência da ideia de se firmar a limitação do poder do Estado, igualdade entre os soberanos e primazia da lei; 2) existência e independência da judiciária; 3) uma ideia de constituição à luz do jusnaturalismo; 4) documentos que embora não fossem, eram utilizados como forma de lei maior, já que apresentavam garantias de liberdades dos indivíduos; 5) a ideia de um acordo entre os governantes e governados, em especial no que toca a limitação da autoridade do rei, que apenas valeria se de acordo com os ditames da justiça, tendo Deus como o árbitro do fiel<sup>19</sup>.

Importante ressaltar que os fatos históricos que dividem a idade média da idade contemporânea e, posteriormente a idade moderna, não podem ser utilizados com a mesma precisão quando se está estudando o Constitucionalismo. Como dito linhas acima, o estudo de referida ciência foi dividido em Constitucionalismo antigo e Constitucionalismo moderno, sendo certo que este último tem seus traços, como veremos, se iniciando ainda na idade média (Constitucionalismo inglês), perpassando pela idade moderna (com as constituições liberais) e chegando até a idade contemporânea, com as constituições sociais e os movimentos atuais.

E nesse contexto, sempre que falamos em constitucionalismo, inevitável associá-lo com o movimento de independência dos Estados Unidos da América e a Revolução Francesa. Todavia, vários fatores oriundos do movimento inglês que, embora não possa ser considerado como um movimento revolucionário, apresentam algumas bases que alicerçaram a Constituição ocidental. Cediço que após a revolução Gloriosa (ocorrida entre 1688-1689) o parlamento ganhou destaque, em especial diante dos vários movimentos ocorridos na Inglaterra desde o século XIII até o século XVII. Tais movimentos sedimentaram as dimensões constitucionais de liberdade, segurança, processo justo regulado por lei (esta revelada pelos juízes) e até mesmo a ideia de representação e soberania parlamentar, os quais criam subsídios para a afirmação de que “as ‘palavras-chave’ do modelo historicista encontra-se no constitucionalismo inglês”.<sup>20</sup>

Na França e nos Estados Unidos da América, todavia, os traços e as características são revelados de outra forma. As correntes filosóficas do contratualismo e do individualismo<sup>21</sup>, além de importantes movimentos sociais, políticos e económicos conduziram o Constitucionalismo moderno sob a óti-

---

harmonia com a lei do país”.

19 BULLOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva p. 70 e ss.

20 CANOTILHO. *Op cit.* p. 55-57.

21 Jorge Miranda cita, dentre outros, Locke (Segundo Tratado sobre o Governo), Montesquieu (O Espírito das Leis), Rousseau (Contrato Social) e Kant (Paz Perpétua).

ca de Estado constitucional representativo ou de direito<sup>22</sup>.

Nos Estados Unidos da América (EUA) a ideia de um constitucionalismo enquanto movimento tem seu ápice com a promulgação de sua Constituição escrita, em 14 de setembro de 1787. Neste documento ficou consagrado, entre outros, a forma de Estado (Federação), a separação de poderes e a forma de governo presidencialista. Todavia, a Constituição americana para se estabelecer percorreu um longo e árduo caminho, marcado pelas ocorrências que culminaram na independência das treze colônias, a instituição de uma Confederação, até, por fim, chegar ao modelo atual, de organização Federativa em Estado, coroado com a Constituição. Percebe-se, pois, ser este o primeiro documento escrito do mundo moderno chamado de Constituição.

Em território francês, o movimento revolucionário que culminou na Revolução Francesa de 1789 foi “o ponto culminante de viragem”<sup>23</sup> para o constitucionalismo moderno. A superação da ideia inglesa de que direitos e obrigações somente seriam atribuídos de acordo com a integração dos indivíduos dentro da comunidade trouxe uma importante marca que foi absorvida pelo constitucionalismo desse país. Some-se, ainda, a necessidade de uma lei fundamental de elaboração independente e autônoma, que fosse o espelho da nação, numa verdadeira ideia de poder constituinte. De suma importância, ainda, a consagração dos direitos naturais dos indivíduos, num pleno rompimento com o Estado Absolutista<sup>24</sup>.

A partir dessa realidade, em oposição (ou complementação) ao Constitucionalismo Liberal, surge o movimento denominado como Constitucionalismo Social, calcado na ideia de Estados sociais, tendo como marco a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar da Alemanha de 1919. Com efeito, o século XX foi marcado por grandes conflitos, embates bélicos, crises econômicas e um assustador desenvolvimento técnico. Bacelar Gouveia afirma que o Constitucionalismo Social implica novos paradigmas ao menos em três pontos fundamentais do Estado: seja no aparecimento de novos direitos fundamentais, seja na sofisticação dos mecanismos de organização do poder político, seja na criação de uma organização constitucional da economia. É nesse contexto, mudanças no campo político têm como característica principal a plenitude da representação democrática, com sistemas políticos de sufrágio universal que desaguiariam num aperfeiçoamento do sistema representativo, além de outras formas de expressão da vontade popular, como plebiscitos e referendos. Ressalva-se, todavia, ser os “direitos fundamentais” aquele que mais mudaria com a nova versão do constitucionalismo, pois se aumentaria consideravelmente a lista de direitos a serem garantidos pela constituição<sup>25</sup>.

Cediço que com o limiar do século XXI, diante das complexidades que

22 MIRANDA. *Op. cit.* p. 60-61.

23 Expressão de Jorge Miranda. *Op. cit.* p. 61.

24 CANOTILHO. *Op. cit.* p. 56.

25 GOUVEIA. *Op. cit.* p. 239-240.

o novo milênio apresentou, mormente em razão da evolução da sociedade, da globalização, da comunicação, dos efeitos da segunda guerra mundial e da guerra fria, os princípios constitucionais até então apresentados foram colocados em “xeque”. As relações comerciais entre os países, um plano mundial de proteção de direitos humanos, do direito ambiental, os movimentos migratórios, a bioética, dentre outros fatores, trouxeram a necessidade de uma nova discussão dos modelos constitucionais até então existentes, calcados em valores que não mais seriam suficientes para alcançar os anseios da sociedade. Surge, segundo alguns autores, o “Estado Pós-Social”<sup>26</sup>.

## O Transconstitucionalismo e sua Aplicação aos Direitos Humanos

A teoria do Transconstitucionalismo tem como precursor Marcelo Neves, onde concretiza suas ideias em obra que traz idêntico título<sup>27</sup> a qual foi o Norte (mas não com exclusividade) do presente capítulo.

O objetivo central do trabalho de referido autor foi apresentar uma solução para algumas questões sobre os novos rumos do constitucionalismo atual. Afirma ele que a mudança de comportamentos entre as sociedades demanda novas propostas para solucionar os problemas que se apresentaram nas ordens jurídicas num cenário de globalização (como os direitos humanos). Ao se deparar com o panorama constitucional mundial na atualidade, impossível ter uma certeza acerca de qual decisão, norma ou órgão (estatal ou extra estatal) solucionará os conflitos postos. Uma forte dúvida advém da incerteza sobre a posição da Constituição diante da organização dos Estados modernos, em especial quando da existência de Tribunais supranacionais, sem olvidar o aumento incisivo da integração entre os Estados, da relação da soberania coparticipada, e outros tantos elementos que contribuíram (e ainda contribuem) para a formação do panorama jurídico contemporâneo. E é nesse contexto que surge a ideia do Transconstitucionalismo como uma teoria apta a contribuir para a solução dos impasses que rondam os estudiosos dos tempos modernos.

Com efeito, Marcelo Neves apresenta uma ideia ousada. O tema de sua obra vai muito além do ideal de um documento com força normativa organizadora e limitadora de poderes. Endente ele, hoje, uma necessidade de “compreender a Constituição do Estado constitucional não apenas como filtro de irritações e influências entre sistemas autônomos de comunicação, mas também como instância da relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades particulares já processadas, respectivamente na política e no direito. Isso envolve entrelaçamentos como ‘pontes de transição’ entre ambos os sistemas, de tal maneira que pode desen-

---

26 Expressão usada por Bacelar Gouveia (op. cit. p. 241) e alicerçada em vários outros autores.

27 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: VMF Martins Fontes Ltda., 2009.

volver-se uma racionalidade transversal específica [...]”<sup>28</sup>”.

A Constituição seria, assim, uma fonte (e só mais uma fonte) de direitos e deveres no mundo globalizado, que deveria dialogar (não se acanhando ou se sobrepondo) com Tratados Internacionais, atos normativos de órgãos supranacionais e transnacionais (ainda que privados – como a FIFA) a fim de compartilhar todo esse complexo normativo na busca de soluções homogêneas para temas de interesse mundial (como os direitos humanos).

De plano, percebemos que a teoria em tela se estrutura no diálogo e não na supremacia. Não há em seus estudos a defesa da existência de um Tribunal, órgão ou ordem que deverá prevalecer sobre a outra. Ao revés, a grande base inovadora apresentada pelo Transconstitucionalismo é tentar superar as dificuldades da convivência de diversos ordenamentos apresentados pelos diferentes entes (estatais e supraestatais), considerando e fortalecendo a competência e as particularidades de cada um. A proposta é harmonizar decisões, de forma que cada órgão de onde se emane algum ato decisório, possa se valer daquilo que outro órgão já experimentou, independentemente de instância ou mesmo limites estatais, para assim buscar uma solução que mais se aproxime de uma homogeneidade no plano internacional.

Durante o texto, percebe-se que o autor se vale dois pilares fundamentais para estruturar a viabilidade de sua teoria: as pontes de transição e a racionalidade transversal (sendo que esta última seria conseguida a partir da ideia de acoplamento estrutural).

Ao explicar o que seria acoplamento estrutural, se valendo da influência de Niklas Luhmann, Neves o descreve como uma espécie de filtro de influências recíprocas entre os sistemas diversos e autônomos, que se alongam pelo tempo, de forma estável e concentrada, mas sem que cada um perca sua respectiva autonomia. Seria um concatenado de diversas interpenetrações duradouras entre os diferentes sistemas sociais (ao que nos interessa, entre direito e política), a fim de que na evolução de seus próprios filtros haja uma exclusão de certas influências e uma facilitação de outras.

A racionalidade transversal (que se apresentaria como Constituição transversal), por sua vez, pode ser entendida como uma forma aproximar ordens constitucionais no propósito de integração jurídica em patamar internacional, com a criação de laços jurídicos de diálogo entre os ordenamentos, sem afastar o necessário respeito (cultural e jurídico) de cada realidade.

Quanto às pontes de transição, Neves apresentar ser ela uma imposição que advém da própria existência de ordens jurídicas diversas, onde cada uma delas abraçaria todas as características que lhes seriam úteis diante das especificidades próprias de cada Estado, inclusive no que tange ao exercício das funções estatais (nelas se incluindo a função jurisdicional dentro do seu espaço territorial). São essas “pontes” que permitiria a influência – e a consequente utilização – de uma norma jurídica ou de uma *ratio decidendi* de um Estado

---

28 Idem, p. 62.

pelo outro sem a necessidade de maiores trâmites legislativos.

Não se desconhece, pois, essa busca por unidade de harmonização dos instrumentos jurídicos diversos, baseado no Direito Internacional. Em referida ciência, se apresenta um complexo sistêmico com base na “ratificação” de um Tratado Internacional por um Estado signatário, oportunidade que ocorrerá a incorporação deste tratado no ordenamento jurídico interno. Todavia, cedejo que a nova ordem global carece de novos mecanismos de conversação entre os diversos ordenamentos diferentes dos tratados, como por exemplo as próprias decisões judiciais emanadas pelos Tribunais, que fornecem uma importante fonte de diálogo entre as ordens jurídicas dos diferentes Estado. Tal diálogo, todavia, nem sempre se apresenta de forma cooperativa, sendo que em muitos casos, existem vários pontos de conflito entre os Tribunais internacionais, supranacionais ou mesmo nacionais, em especial no que toca a dúvida quanto a respetiva hegemonia.<sup>29</sup>

E com a ideia de superar tais situações, o Transconstitucionalismo se caracteriza por ser uma forma de constitucionalismo baseado na busca, através da troca de experiências viabilizada pelas pontes de transição, de soluções dos problemas jurídico-constitucionais que se apresentam comum (e por isso demandariam respostas comuns) nas diversas ordens<sup>30</sup>. Segundo o autor, será indispensável à conversação e a troca de experiências entre os diferentes ordenamentos, mormente na busca de soluções de questões constitucionais em temas sensíveis como direitos humanos e fundamentais. Afirma, ainda, que o Estado, as organizações internacionais, supranacionais, transnacionais ou locais, são incapazes de, isoladamente, apresentar uma resposta aos problemas normativos da sociedade mundial que são demasiadamente complexos (a exemplo dos direitos humanos, ambiental, inteligência artificial, dentre outros). O necessário “entrelaçamento” de ordens jurídicas não decorre somente na atuação de juizes ou Tribunais, podendo ocorrer, por exemplo, de um exercício hermenêutico, na medida que se pode incorporar diversos sentidos normativos extraídos de outras ordens jurídicas, ou mesmo de um intercâmbio entre as respetivas ordens.<sup>31</sup>

Num horizonte maior, a ideia que se extrai da teoria é da desnecessidade de uma Constituição supranacional, pois esta representaria tão somente a alteração “de nível” no plano estatal, elevando o ordenamento interno para um “nível” superior, supraestatal. Com efeito, tal situação traria à reboque diversas consequências, o que, num plano final, nada mais seria do que a concretização de um novo Estado (superior), com única diferença de que seria um “Estado global” (inclusive com os mesmos elementos constitutivos concebidos para o Estado clássico: povo, território e governo soberano). Não se busca isso. O Transconstitucionalismo tampouco abarca a criação de um Estado Europeu ou Constituição da União Europeia (ou do Mercosul), porquanto

29 Luhmann *apud* NEVES. *Op cit.* p. 71.

30 Tal como ofensas a direitos humanos.

31 NEVES. *Op cit.* p. 118.



se entende necessário a manutenção da soberania de cada Estado e de sua autodeterminação. Não há necessidade da existência de um ente superior aos Estados, mas tão somente de pontes de transição possibilitem o livre trânsito (em forma de cooperação) das experiências dos Tribunais a fim de garantir que as boas experiências em temas sensíveis a todos, como a proteção dos direitos humanos, sejam devidamente aproveitadas sem a necessidade de maiores entraves de internalização normativa.

## Considerações Finais

Com o avanço das relações internacionais, em especial diante dos movimentos de globalização, verifica-se a existência de uma rota, quase que sem retorno, de aglutinação dos Estados soberanos em blocos de países. Nesse contexto, nota-se a existência de diferentes espécies de união, algumas com caráter meramente econômicos (como o Tratado de Livre Comércio da América do Norte), outros com ideais mais ousados (como o Mercado Comum do Sul - MERCOSUL) até chegarmos àquele que melhor ilustra tal fenômeno, a União Europeia. Com efeito, a teoria do constitucionalismo clássica, que pressupõe (ao menos para a maioria dos autores) a existência de um Estado, com todos seus elementos (em especial a soberania), não se mostra suficiente para solucionar tais questões. E é nesse panorama de alta complexidade que fica claro o desafio de se estabelecer uma ordem jurídica para regulamentar as relações que tocarão todos os novos envolvidos, uma vez estar claro que as bases jurídicas que até então se fixaram não mais respondem indagações simples como “qual ordenamento devo seguir, o interno ou o comunitário?”. A ideia de uma Constituição comunitária (ou mesmo mundial), advinda dos movimentos constitucionais clássicos traria como consequência, inexoravelmente, a (pseudo)existência de um “Estado mundial”, que traria a reboque todos seus elementos constitutivos (alguns deles já não mais suficientes) numa infundável discussão acerca dos respectivos limites. Tal situação, abarcada inclusive pela teoria do interconstitucionalismo, não nos parece ser a mais adequada.

A ideia do Transconstitucionalismo como um diálogo entre as constituições se mostra uma rota interessante para equalizar todas essas situações. De plano, se afasta a existência de uma norma imperativa a todos os Estados, em especial no que a proteção dos direitos fundamentais, ideal comum (ao menos em tese) de toda nação. A essa situação, apresenta-se a ideia de diálogo entre as fontes jurídicas constitucionais, as quais deveriam se interrelacionar e não se sobrepor. Marcelo Neves chega a afirmar que a evolução do diálogo jurídico internacional acarretaria na desnecessidade de uma constituição (com o que não concordamos), uma vez que toda a fonte normativa estaria nessa inter-relação. Nesse ínterim, interessante observar que Transconstitucionalismo não se preocupa em estabelecer uma ordem prevalente ou a *última ratio*. O operador do Direito se valerá, sem desrespeitar as especificidades do ordenamento que se encontra inserido, daquilo que já se verificou com sucesso

em outro Estado. A grande contribuição da teoria, ao menos diante de nossa compreensão, é justamente a possibilidade de se manter os Estados como soberanos, de se perpetuar a existência e até mesmo da supremacia de suas constituições, mas com uma abertura de diálogo entre os componentes, em especial acerca de temas de interesse mundial, dentro da realidade de um universo juridicamente concatenado, tendo os direitos fundamentais como maior expoente.

## Referências

BARACHO, J. A. O. **Teoria Geral do Constitucionalismo**. In: Revista de Informação Legislativa, n. 91 (1986), p. 5-62. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181702> acesso em 03/11/2019.

BULLOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 16/11/2019

CANOTILLO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. - 7ª ed. 20 reimp.- Coimbra: Edições Almedina S.A. sd. ISBN 978-972-40-2016-5

DALLARI, Dalmo de Abreu **Elementos de teoria geral do Estado / Dalmo de Abreu Dallari**. – 30ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011. ISBN 978.85-02.10325-2

DWORKIN, Ronald. **Constitucionalismo e democracia**. Tradução Emílio Peluso Neder Meyer. In: European Journal of Philosophy, n. 3:1, pp. 02-11, 1995.

GADOTTI, Gisele Araújo. **Do Constitucionalismo ao Transconstitucionalismo: Considerações sobre o(s) sentido(s) do Constitucionalismo na Contemporaneidade Com Especial Referência Aos Direitos Fundamentais** [em linha]. Disponível em <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34748/1/Do%20Constitucionalismo%20ao%20Transconstitucionalismo%20consideracoes%20sobre%20o%28s%29%20sentido%28s%29%20do%20constitucionalismo.pdf>. Acesso em 16/11/2019.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional: I – teoria do direito constitucional**. - 6ª ed. rev. e atual.- Coimbra: Edições Almedina S.A. 2018. ISBN 978-972-40-9795-7

JELLINEK, George. **Teoria General del Estado**, Ed. Albatroz, Buenos Aires, 1954, *apud* MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional. Vol. 1: Estado e constitucionalismo, constituição, direitos fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2016. ISBN 978972540123

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora VMF Martins Fontes Ltda., 2009. ISBN 978-85-7827-200-5

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivum. 2018. ISBN 978-85-442-1750-4.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. <https://dre.pt/>

constituicao-da-republica-portuguesa. Acesso em 16/11/2019.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13<sup>a</sup> ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 193-194.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

# A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIÁRIO NO BRASIL (APONTAMENTOS A PARTIR DE CASS SUSTEIN E O MINIMALISMO JUDICIAL)

**Giovanni Galvão Vilaça Gregório**

Mestre em Direito pela Universidade da Fundação Mineira de Educação e Cultura. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Itaúna. Especialidade em Direito Administrativo e Eleitoral pela Universidade Cândido Mendes. Revisor de Periódico da Revista Meritum

## **Resumo:**

O artigo procura examinar a *judicialização da política* e o *ativismo judiciário*, notadamente no caso brasileiro, questionando a necessária postura ativista do Poder Judiciário, e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal. Aponta-se como alternativa o minimalismo judicial de Cass Sustein, como forma de resgatar o prestígio do Poder Legislativo, evitando-se a concentração de poderes no Poder Judiciário. Pretende-se, assim, oferecer alternativa mais democrática para a efetivação dos direitos fundamentais, a partir da revalorização dos processos deliberativos clássicos da Democracia, perante o Poder Legislativo.

**Palavras-chave:** Judicialização; Ativismo; Minimalismo Judicial.

## **Introdução**

Não há negar a importância da atuação do Poder Judiciário, em escala global, tendo essa função estatal se tornado, sem dúvida, protagonista no cenário político-institucional. Tal protagonismo, que é fruto de processo histórico cujas origens remontam às chamadas “revoluções burguesas”, se insere, mais contemporaneamente, no fenômeno denominado *judicialização da política*, que vem ocorrendo em vários países, há vários anos.

Não se trata de fenômeno homogêneo, sendo, ao contrário, marcador pelas peculiaridades de cada país e seu respectivo contexto histórico. Ainda assim, é possível encontrar traços comuns entre os diversos matizes da *judicialização da política*.

O objetivo deste artigo é ponderar sobre a melhor forma de atuação do Poder Judiciário ante o fenômeno da *judicialização da política*, aceitando-se,

como premissa, que o princípio da separação dos poderes (ou das funções)<sup>1</sup> do Estado está a sofrer profundas alterações.

As relações entre Legislativo, Executivo e Judiciário, certamente, não são estanques, sendo também marcadas pelo evoluir da História, conformando-se, então, à realidade de cada povo, de cada nação. E a *judicialização da política*, nesse cenário, reflete esse constante movimento de fluxo e refluxo nas relações entre aqueles poderes (ou funções).

Nesse passo, impõe-se também examinar o ativismo judicial, entendido, brevemente, como a postura proativa do Poder Judiciário diante do fenômeno da *judicialização da política*. O ativismo é, por assim dizer, opção do Poder Judiciário, mostrando-se necessário perquirir os limites da atuação ativista do Poder Judiciário.

Notadamente, em países em desenvolvimento, mostra-se necessário perquirir a contribuição do ativismo judicial na efetivação de direitos fundamentais, relacionando essa atuação jurisdicional com as esferas de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

O marco teórico aqui adotado é o minimalismo judicial, desenvolvido por Cass Sunstein, como forma adequada de autocontenção da atuação do Poder Judiciário. Considera-se, como hipótese do artigo, que a busca pela efetivação de direitos fundamentais não deve ter como principal via o Poder Judiciário.

Sustenta-se, ao contrário, que o ativismo judicial não é a melhor alternativa de efetivação dos direitos fundamentais, até porque o Poder Legislativo e o Poder Executivo, ante o princípio democrático, apresentam-se como instâncias mais legitimadas a atuar na efetivação dos direitos fundamentais.

Ao Poder Judiciário deve caber, precipuamente, a atuação na garantia dos procedimentos legítimos, assegurando a melhor deliberação democrática, a fim de que os cidadãos possam definir as melhores formas de efetivação dos direitos fundamentais. Assim, apenas residual e excepcionalmente justificar-se-á a intervenção direta do Poder Judiciário, no que tange à efetivação de direitos fundamentais.

Metodologicamente, utiliza-se o método hipotético-dedutivo jurídico, valendo-se de pesquisa bibliográfica, por meio do estudo de livros, artigos, dissertações e teses, bem como de pesquisa documental, com a análise da legislação e da jurisprudência correlatas à temática da pesquisa. E por fim,

---

1 Calha precisar que a expressão “Poder do Estado” não é, rigorosamente, a mais adequada, porque o “poder é uno e divide-se em funções”, razão pela qual se mostra mais preciso o termo “funções” e não “poderes” (GREGÓRIO, 2020, p. 16). Segue nessa linha, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, que, criticando o uso da expressão “poderes do Estado”, averba que ela traduz indevida “[...]ideia de fragmentação ou divisão do poder e de fracionamento da soberania do Estado. Tal aspecto suscitou a moderna posição doutrinária tendente à substituição da expressão separação dos poderes do Estado pela locução separação das funções do Estado” (DIAS, 2018, p. 17, “passim”). Neste trabalho, contudo, não se faz opção irreduzível pela expressão “funções do Estado”, dada a consagração pública da expressão “poderes do Estado”, conquanto se faça, aqui, o merecido registro.

como procedimento técnico, a análise teórica e interpretativa, buscando proposta de solução para o tema-problema destacado. Tudo, claro, limitado pelos critérios de extensão fixados para o Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra.

## **Princípio da Separação dos Poderes (ou Funções)**

Na obra *A Política*, o filósofo Aristóteles apresentou três diferentes funções exercidas e concentradas unicamente nas mãos do soberano, quais sejam: funções deliberativas, que decidiam acerca dos negócios do Estado; funções executivas, que tratavam das magistraturas e poderes constituídos, devendo se submeter às deliberações da assembleia; e funções judiciais, que abarcavam os cargos de jurisdição (ARISTOTELES, 1991).

Na visão de Aristóteles, as três funções deveriam se desenvolver de maneira harmônica, enfatizando que “em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas” (ARISTOTELES, 1991, p. 111).

Outros autores, portanto, trataram da divisão das funções estatais, entretanto, percebe-se sólida contribuição de John Locke e Charles Louis de Secondat, Barão de Montesquieu, no final da Idade Média, a propósito da separação das funções estatais em órgãos distintos.

A *Bill of Rights*, após a Revolução Gloriosa (1689), promoveu a consolidação das alterações advindas do regime de Cromwell durante o período da Revolução Puritana – a qual delimitou a ideia de separação das funções (RIBEIRO JÚNIOR, 2001).

Esse contexto inspirou o filósofo inglês John Locke a publicar a obra denominada Segundo Tratado sobre o Governo Civil, que assegurou a existência do Legislativo, do Executivo e do Federativo, demonstrando que a separação das funções não estabelecia relação de equilíbrio, mas de subordinação das demais ao Legislativo (LOCKE, 2006).

De acordo com a ideia de John Locke, o Legislativo detinha a autoridade para a elaboração das leis, o Federativo tinha a incumbência de promover a paz ou a guerra e o Executivo, o dever de impor o cumprimento das leis editadas pelo Legislativo. Embora houvesse a divisão das funções, o Legislativo era considerado hierarquicamente superior aos demais, sobrepondo-se às demais funções (PIRES, 2015, on line).

Convém destacar que Montesquieu refinou as ideias inicialmente desenvolvidas por Locke, incluindo a previsão do equilíbrio entre as funções, de modo que o Legislativo, Executivo e a função de julgar interagissem em harmonia, para que o “poder contenha o poder” (MONTESQUIEU, 2000, p. 166). Tal harmonia se consolidaria por meio do controle recíproco, justamente para impedir a ocorrência de abusos (FERREIRA FILHO, 2010).

Tais premissas serviram como base de sustentação para a limitação do poder estatal em “três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil” (MONTESQUIEU, 2000, p. 165).

Sobre a função de julgar, Montesquieu entendia que deveria ser exercida por pessoas que compunham as câmaras populares em determinados momentos do ano, conforme disposto em lei, e não por magistrados profissionais, de modo a garantir a imparcialidade e respeito ao povo. Afirmava também que os magistrados eram considerados a “boca que pronuncia as palavras da lei”, pura e simplesmente, não podendo exercer juízos de equidade, muito menos a força e o rigor da lei, que cabia ao Legislativo, por meio da Câmara Alta (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

O Judiciário, para Montesquieu, deveria agir de forma mecanicista, inviolável e nulo, de tal forma que não “se têm continuamente juízes sob os olhos; e teme-se a magistratura, e não os magistrados” (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 244). Com isso, o Judiciário era visto como um poder sem poder.

A independência do Executivo, do Legislativo e do Judiciário não se configura pela exclusividade do exercício das funções que lhes são atribuídas, mas pela predominância do seu desempenho. Significa dizer que a clássica divisão das funções legislativas, executivas e judiciais são predominantemente exercidas pelo Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente.

A doutrina clássica da separação dos poderes (ou funções) deve ser constantemente repensada, a fim de se ajustar às necessidades de cada realidade, pois, se vista de maneira estanque, estará dissociada do contemporâneo estado democrático de direito.

## Judicialização da Política e Ativismo Judiciário

É conhecida a caracterização feita por Ran Hirschl a propósito da *judicialização da política*, fenômeno que se caracteriza pelo fato de haver “recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas” (HIRSCHL, 2009, p. 140).

Vem também de Hirschl a observação sobre o alargamento da expressão *judicialização da política*, que seria “[...]um termo “guarda-chuva”, comumente usado para abranger o que, na verdade, são três processos inter-relacionados” (HIRSCHL, 2009, p. 142). Dentre esses processos, para o escopo deste artigo, merece destaque o processo qualificado por Ran Hirschl como o mais concreto, isto é, a “[...]expansão da competência de tribunais e juízes quanto à definição de políticas públicas, principalmente por meio de decisões envolvendo direitos constitucionais e da remarcação judicial dos limites entre órgãos do estado (separação de poderes, federalismo)” (HIRSCHL, 2009, p. 143)<sup>2</sup>.

2 Os outros dois processos são, ainda segundo Ran Hirschl, a “disseminação de discursos, jargões, regras e procedimentos jurídicos na esfera políticas[...]” (HIRSCHL, 2009, p. 141)

Tal expansão apresenta, em cada país, variações particulares, decorrentes das vicissitudes dos processos históricos de cada nação. Como adverte Luís Roberto Barroso, o fenômeno da *judicialização da política* tem “[...]causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro” (BARROSO, 2012, p. 24), ressaltando, pois, as peculiaridades da *judicialização da política* em cada país.

Pode-se compreender que a *judicialização da política* ocorre no momento em que questões vinculadas às atribuições típicas do Legislativo e do Executivo são examinadas pelo Judiciário, consoante explicita Marcos Faro Castro:

A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um ‘direito’ e um ‘interesse público’, sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma ‘política de direitos’ (CASTRO, 1997, p. 147).

Vêm de Luís Roberto Barroso, ainda, os principais aspectos do “modelo institucional brasileiro” que, por aqui, conduziram à *judicialização da política*. Como ocorreu em vários países que superaram governos ditatoriais (Espanha e Portugal são exemplos notórios), também o Brasil viveu, após a promulgação Constituição da República de 1988 (CR/1988), intenso processo de “constitucionalização abrangente”, sendo a própria CR/1988 “analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador” (BARROSO, 2012, p. 24, “*passim*”). Daí, pois, a conclusão de Barroso sobre ser a *judicialização da política*, no Brasil, um “fato” (BARROSO, 2012, p. 25).

Importante esclarecer que *judicialização da política* e *ativismo judicial* não são sinônimos, pois aquela concerne ao fenômeno que possibilitou “intensa provocação do Judiciário para discussão de matérias que não eram tratadas na seara judiciária”, ao passo que o *ativismo judicial* “refere-se a uma forma de interpretação proativa do Judiciário acerca do texto constitucional, a qual não foi levada em conta pelo próprio legislador” (GREGÓRIO; ALMEIDA, 2019, p. 9).

Mauro Capelletti noticia que a criatividade jurisprudencial é fruto do século XX e se configura a partir da transposição do formalismo jurídico para uma maior criatividade dos magistrados, devido à “grande transformação do papel do Estado e do direito na moderna sociedade do bem-estar (Welfare State)” (CAPPELLETTI, 1993, p. 23). Aborda, ainda, a questão do déficit legislativo para atender às demandas de toda a ordem nas sociedades plurais contemporâneas, abrindo espaço para atuação do magistrado como legislador (CAPPELLETTI, 1993).

Não é objetivo do presente artigo aprofundar o exame das causas da

---

e “[...]judicialização da ‘política pura’ – a transferência, para os tribunais, de assuntos cuja natureza e significado são claramente políticos[...]” (HIRSCHL, 2009, p. 141, “*passim*”).



*judicialização da política*, mas, sim, ponderar sobre a postura do Poder Judiciário ante tal cenário de *judicialização*. Por isso a importância de se considerar o *ativismo judiciário*, definido por Oscar Vilhena Vieira como “postura responsiva” do Poder Judiciário que, na visão de Vilhena Vieira, é necessária consequência do desenho institucional posto na CR/1988: “Por tudo isso, não resta dúvida de que o constituinte conferiu ao Judiciário, a começar pelo STF, o dever de assumir uma postura responsiva, ao menos no que se refere à proteção dos direitos fundamentais” (VIEIRA, 2018, p. 177/178).

Ainda na esteira de Oscar Vilhena Vieira, haveria, ante a natureza analítica e ambiciosa do texto constitucional, e da necessidade de imediata aplicação dos direitos fundamentais, verdadeira exigência, ou “consequência inevitável” de postura ativista do Poder Judiciário, notadamente do STF (VIEIRA, 2018, p. 177). A consequência inevitável, nesse contexto institucional, é o ativismo judiciário.

Desse modo, o modelo constitucional adotado em 1988 demonstra a preocupação com os direitos fundamentais de primeira (civis e políticos) e segunda geração (sociais e econômicos), e isso faz com que recaiam sobre o Judiciário os anseios da sociedade para que tais direitos sejam efetivados (RAMOS, 2010). Elival Ramos destaca que:

Ativismo Judicial é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes (RAMOS, 2013, p. 58).

Luís Roberto Barroso também adverte que a expansão do ativismo judicial está atrelada “a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço da atuação dos outros dos Poderes” (BARROSO, 2019, p. 26).

Oscar Vilhena Vieira rejeita a possibilidade de haver, no caso brasileiro, opção pelo oposto do ativismo, que ele define como “deferência”, entendida como “[...] postura institucional pela qual os tribunais demonstram um alto grau de respeito pela decisão do legislador” (VIEIRA, 2018, p. 174).

A postura deferente, segundo Vieira, de postura que privilegia uma compreensão “robusta” da democracia entendida como governo de maioria, mas que, em razão do caráter expansivo da CR/1988, se mostra incompatível com a necessidade de atuação direta do Poder Judiciário, notadamente do STF, em favor da concretização de direitos individuais<sup>3</sup>.

3 Oscar Vilhena Vieira, embora reconhecendo legitimidade a ambas as posturas, deferente

Estaria, assim, justificada a “posição claramente ativista” do Supremo Tribunal Federal, constatada por Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2012, p. 26) e referendada por Oscar Vilhena Vieira.

Todavia, aqui, sugere-se alternativa a essa posição ativista, que visa restabelecer maior equilíbrio entre os Poderes do Estado, prestigiando-se, ainda, o Poder Legislativo, especialmente, como foro mais adequado para as deliberações democráticas.

## A Alternativa Minimalista de Cass Sustein

O dissenso é produto da democracia e pode ser concebido como premissa para a livre manifestação de pensamentos, podendo desencadear instabilidade e enfraquecimento das organizações do Estado, mas, ao mesmo tempo, impulsionando o desenvolvimento da sociedade (MORAIS, 1999).

Ao dizer que o dissenso é marcante nas sociedades atuais, José Luiz Bolzan Morais tem como referência as sociedades ocidentais democráticas e liberais, nas quais são tratadas questões políticas com carga valorativa, tais como homossexualidade, aborto, privacidade, dentre outras. O autor adverte que os problemas de uma sociedade democrática precisam ser debatidos e solucionados por decisões legítimas (MORAIS, 1999).

Em oposição à visão que reconhece o ativismo judiciário como imposição do desenho institucional da CR/1988, se pode pontuar a teoria desenvolvida por Cass Sustein, que busca desenvolver o conceito de minimalismo judicial, que propõe limitar a decisão judicial ao que for estritamente necessário para a sua fundamentação, não se aprofundando em outras questões mais amplas que exijam maior debate sobre princípios ou direitos constitucionais (SUNSTEIN, 1999). Trata-se de postura deferente aos demais Poderes do Estado, sendo, assim, forma de autocontenção judicial, que se põe como alternativa ao ativismo judiciário.

Cass Sunstein denomina minimalismo judicial o ato de dizer o estritamente necessário para embasar uma decisão, deixando em aberto, sempre que possível, questões mais amplas que requerem maior discussão, principalmente em casos que envolvam princípios ou direitos constitucionais (SUNSTEIN, 1999).

O minimalismo judicial é uma forma de autocontenção judicial, pois os magistrados minimalistas invalidam leis, mas não se atrelam inteiramente com a regra da maioria (*majority rule*), não podendo ser concebida como uma teoria liberal ou conservadora e possui como atributo peculiar a não definição de problemas fundamentais (SUNSTEIN, 1999).

Exatamente por se configurar como postura deferente, o minimalismo

---

ou ativista, reconhece a existência de riscos, vale dizer, de “posturas degeneradas”, seja no ativismo (“usurpação”), seja na deferência (“omissão”) (VIEIRA, 2018, p. 176). Ainda assim, aponta pela já mencionada “opção” do texto constitucional pela postura ativista, em comparação com a postura deferente.

permite ampliar e assegurar o debate e o processo deliberativo democrático, desenvolvidos de forma mais adequada no Poder Legislativo. A postura ativista contém o risco de enfraquecer o debate democrático, induzindo as forças políticas a *não decidirem*, aguardando, na maior parte das vezes, o pronunciamento do Poder Judiciário.

Entende Cass Sustein que os ideais democráticos são mais facilmente alcançados quando prevalece, na generalidade dos casos, a deliberação democrática do Parlamento, cuja estrutura é mais bem vocacionada para refletir os dissensos e os consensos da sociedade (SUSTEIN, 1999). Assim, pautando-se por postura minimalista, o Judiciário não se aprofundará em questões abstratas ou diretrizes abrangentes, evitando suprimir a atuação do Poder Legislativo.

Explica Bruno de Paiva Bernardes que o minimalismo exige que a decisão judicial se atenha ao “[...]núcleo indispensável da decisão, circunscrevendo-se às dimensões da estreiteza e da superficialidade” (BERNARDES, 2019, p. 48). Não deve a decisão judicial minimalista “[...]esgotar toda sorte de argumentos ou ampliar o seu alcance a elevado número de desdobramentos fáticos” ou fomentar “[...]a discussão (em espaços distintos do judicial) dos temas que eventualmente seriam objeto” (BERNARDES, 2019, p. 49).

Aliás, o minimalismo judicial tem o objetivo de dar espaço ao debate e promover os processos democráticos, pautando-se por uma ação judicial que diz apenas o que é essencial para o julgamento do caso particular (GREGÓRIO; ALMEIDA, 2019).

Nesse sentido, Loiane Verbicaro ressalta que:

As decisões políticas devem ser tomadas a partir de procedimentos previamente estabelecidos que assegurem relações dialéticas e dialógicas entre os participantes. Essa defesa impede que o simples observador, terceiro sem legitimidade - Judiciário, de determinar a condução da vida dos cidadãos (VERBICARO, 2019, p. 462).

Os elementos do minimalismo procedimental (*minimalist procedure*) configuram-se quando o Judiciário aprecia o caso concreto, deixando questões indefinidas, pois considera as suas limitações e a possibilidade de desacordo razoável diante de uma sociedade heterogênea (SUNSTEIN, 1999).

O magistrado minimalista, portanto, não fica adstrito a regras claras (*clear rules*) e nem mesmo a resoluções definitivas (*final resolutions*), além de se conceber como parte integrante do sistema de deliberação democrática, haja vista que possibilita a existência de reflexão pelos demais Poderes (SUNSTEIN, 1999, p. 81).

Sunstein preconiza que deliberação democrática é a única forma de alinhamento aos ideais democráticos e que o processo decisório de determinadas matérias deve, necessariamente, envolver o Legislativo, a fim de evitar o julgamento baseado em avaliações pessoais dos magistrados (SUNSTEIN, 1999).

A autocontenção propagada pelo minimalismo judicial é alternativa que prestigia o debate na esfera democrática, pois a garantia dos procedimentos legítimos assegura a deliberação democrática, a fim de que os cidadãos possam definir questões substanciais de elevada carga valorativa, bem como a efetivação dos direitos fundamentais.

## Conclusão

O engajamento político é importante elemento que propicia a democracia deliberativa, cenário em que as decisões são concebidas a partir do embate dos diferentes argumentos. O dissenso surge como mola propulsora para o desenvolvimento social e base fundamental para solidificação dos ideais democráticos, que deve ser promovida nas instituições que compõem o sistema estatal.

As demandas envolvendo a concretização de direitos fundamentais e a implementação de políticas públicas paulatinamente aportaram ao Judiciário, que assumiu papel ativo nas discussões de cunho político, o fenômeno da *judicialização da política*, gerando por vezes, criatividade jurisdicional, a qual transcende principalmente a função legislativa.

O Judiciário, quando age em substituição ao legislador ou ao gestor público, fustiga o princípio da separação dos poderes (ou das funções). Contudo, os julgamentos políticos não podem ter como lastro os interesses particulares, mas devem ser provenientes de reflexão e debate conjuntos.

O ativismo judiciário pode comprometer o exercício da democracia, retirando o diálogo do seio social, onde se formam a vontade e as mobilizações políticas, motivo pelo qual se pode inferir que a atuação minimalista do Judiciário viabiliza decisões condizentes com uma sociedade plural, evitando interferências excessivas nas atividades do Legislativo e Executivo.

As decisões judiciais mais estreitas ao caso concreto minimizam a produção de equívocos, viabilizando a deliberação no âmbito do Legislativo e do Executivo e o minimalismo judicial permite o processo plural e participativo no ambiente democrático, com vistas à concretização de direitos fundamentais.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Enea de Stutz e; TORREÃO, Marcelo Pires. O papel institucional do Poder Judiciário nas quatro dimensões do sistema de justiça de transição. **Revista de movimentos sociais e conflitos**, v. 3.n.1. jan./jun. 2017. Disponível em: <https://tml.com.br/wp-content/uploads/2019/04/o-papel-institucional-do-poder-judiciario.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2020.

ALMEIDA, Vicente Paulo de. **Ativismo judicial**. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19512>. Acesso em: 02 de nov. de 2020.

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AMADO, Gilberto. **Eleição e Representação**. Brasília: Senado Federal, 1999.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

AZEVEDO, Ana Paula Silva de; OLIVEIRA, Tassiana Moura de. O Poder Judiciário, a Constituição e os direitos fundamentais: Ativismo no STF pela crítica de Antônio José Avelãs. **XXIV Congresso do CONPEDI**. Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/c178h0tg/51f4alp5/4IDtcxD58AzQ2lx3.pdf>. Acesso em 09 jun. 2020.

BALEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro, Forense, 1968.

BARROSO, Luis Roberto. **Controle de constitucionalidade brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**. Rio de Janeiro: Centro de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p.23-32.

BERNARDES, Bruno de Paiva. **Conjecturas sobre a aplicação do minimalismo judicial no ordenamento jurídico e sua democraticidade jurídica**. Dissertação (Mestrado) –

Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2019. Disponível em:

<http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/7023>. Acesso em: 30 jul. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CASTRO, Marcos Faro. Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, vol. 12, n.34, junho, 1997. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=0102-6909&script=sci\\_serial](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=0102-6909&script=sci_serial). Acesso em: 09 jun. 2020.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**. Cambridge and London: Harvard Universit Press, 1980.

ELY, John HartHart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial da constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do Direito**

**Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GREGÓRIO, Giovanni Galvão Vilaça. **A judicialização da política e o ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte: Universidade Fumec. 2020.

HIRSCHL, Ran. A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos. In: MOREIRA, Luiz (org.). **Judicialização da Política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Revista **de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, 2009, vol. 251, p. 139-178.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. First Harvard University Press, 2004.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o governo civil**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MACIEL, Débora Alves. **Sentidos da judicialização da política: duas análises**. São Paulo: Lua Nova, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. STF não é legislador constituinte, mas guardião da Constituição. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, v.1, jul. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-12/ives-gandra-supremo-nao-legislador-constituente>. Acesso em: 20 out. 2020.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O Espírito das leis**. Introdução, trad. E notas de Pedro Vieira Mota. 7. ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

MORAIS, José Luiz Bolzan. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PIRES, Ana Carolina Fernandes. **Conceito histórico da separação de poderes**. 2015. Disponível em: <http://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes>. Acesso em: 16 out. 2020.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO JUNIOR, João. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. Bauru: Edipro, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição parcial**. São Paulo: Del Rey, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. Acordos constitucionais sem teorias constitucionais. Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 246, p. 79-94, set. 2007. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41651/40827>. Acesso em: 27 fev. 2020.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely theorized agreements in Constitutional Law. **Public Law & Legal Theory Working Paper**, Chicago, n. 147, jan.

2007. Disponível em: [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1149&context=public\\_law\\_and\\_legal\\_theory](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1149&context=public_law_and_legal_theory). Acesso em: 05 out. 2020.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at time: judicial minimalismo on the Supreme Court.**

, Massachussets: Havard University Press, 1999.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista GV**. São Paulo, n. 4, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a03v4n2.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

VERBICARO, Prado Loiane. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. 2 ed. São Paulo: Lumen Iuris, 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Cia das Letras, 2018.

# RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA ESTATAL COMO INSTRUMENTO DE FORTALECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS DOS ESTRANGEIROS: O CASO BRASILEIRO

**Eduardo Pereira Monteiro**

Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-graduado em Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae*

## **Resumo:**

Esta pesquisa busca destacar a importância da relativização da soberania estatal para a efetivação e a proteção dos direitos humanos dos estrangeiros no Brasil. A temática, que habita há muito como um movimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, assume atualmente novos contornos com as inúmeras crises humanitárias e o movimento migratório crescente de estrangeiros que cruzam as fronteiras brasileiras, o que se faz lançar um olhar atento para a urgência de se garantir a proteção dos direitos humanos deste grupo no território brasileiro quando se emerge no país a valorização da soberania nacional.

**Palavras-chave:** Soberania nacional; Direitos Humanos; Estrangeiros; Migrações.

## **Introdução**

O debate em torno da relativização da soberania estatal frente à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos não é novidade na pesquisa doutrinária. Neste estudo, a abordagem do tema volta-se mais especificamente para a explicação do conceito de soberania estatal no sentido de indicar de que modo a relativização da soberania estatal pode interferir diretamente na proteção dos direitos humanos, especialmente daqueles em situação migratória de grande vulnerabilidade.

O Estado é atualmente detentor de um poder soberano relativo, que se restringe pelo respeito aos instrumentos internacionais de Direitos Humanos os quais são ratificados por estes Estados que devem respeitar o indivíduo como um detentor de direitos dentro e fora dos limites territoriais dos seus



Estados. Desse modo, soberania não pode ser uma justificativa para a violação de Direitos Humanos num território de um Estado.

Esta relação entre soberania estatal, direitos humanos e estrangeiros assume relevância principalmente diante da crise humanitária que se instaurou nos últimos anos em diversas regiões do planeta e impulsionou o movimento migratório. Isto cria questões para os países de origem, trânsito e destino destas pessoas, sobretudo em relação à efetivação e proteção dos Direitos Humanos nestas situações.

Aqui, tratar-se-á desta relação no caso do Brasil com especiais demarcações à atual crise humanitária da Venezuela que proporcionou um número intenso de migrações para o território brasileiro, pelo que será analisada, com base neste exemplo a proteção e a garantia no sentido de proteger os direitos humanos dos estrangeiros mesmo diante da soberania nacional.

A intenção é demonstrar a ressignificação do conceito de soberania que deve assumir contornos mais flexíveis no que diz respeito à posição do Estado perante o fortalecimento da proteção dos direitos humanos dos seus nacionais e, nomeadamente, dos estrangeiros.

## Soberania Nacional e a Exclusão dos Direitos Humanos dos Estrangeiros

A soberania dos Estados expressa na sua concepção clássica uma autonomia e independência do Estado que fazia parte de uma delegação divina e sem limites. A soberania compõe uma das características mais estruturantes do Estado junto do território e o povo e se origina, portanto, juntamente com o Estado, de forma que a definição de soberania é um momento simultâneo a formação dos Estados Modernos do século XVI.<sup>1</sup>

De forma geral, a autonomia como característica da soberania<sup>2</sup> de um

---

1 As primeiras investigações em torno da soberania foram feitas na obra “Les six livres de La République”, de Jean Bodin, no ano de 1576, onde o estudioso conceitua soberania como “poder absoluto e perpétuo” de uma República (Estado), tomando como exemplo a monarquia na França naquele momento. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 74-76.

2 “A ‘soberania’ é, realmente, fundamento do Estado, qualquer que seja sua forma, monárquica ou republicana, federativa ou unitária, porque Estado ‘é síntese dos poderes soberanos’. Soberania é a situação do Estado que não está submetido a outro e que, por isso, pode elaborar sua Constituição, ou seja, pode criar seu direito positivo no mais alto grau. O vocábulo ‘soberania’ evoca a idéia de ‘soberano’, aquele que decidia qual o tipo de direito válido para a coletividade, num dado momento histórico. O soberano podia ser um indivíduo, o rei, por exemplo, ou toda uma classe ou casta, como ocorria e ocorre nos regimes oligárquicos, podendo, ainda, ser toda a Nação (...) Desta situação do soberano resulta que a soberania é uma força que nasce das circunstâncias históricas e nacionais em que se encontra comprometida a comunidade política em um momento de sua existência (...) Eis por que o soberano é colocado acima de todo estatuto constitucional e que não é a este vinculado. O soberano o cria, mas não lhe deve nada. A marca essencial da soberania é a posse do Poder constituinte (...) Em suma, a soberania é o fundamento – e deve ser o fundamento – de todo e qualquer tipo de Estado”. CRETILLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v.

Estado define a sua capacidade de autodeterminação e governo sem que seja dependente de outras entidades e delas sofra alguma interferência nos assuntos internos de um Estado. No plano internacional, a soberania impõe a capacidade de agir de cada Estado. Esta soberania que um dia foi absoluta e ilimitada passa a ter contornos de flexibilidade nos tempos mais atuais. A soberania, mesmo assim, permanece como fonte de criação das leis de um Estado capaz de se autodeterminar, é una, indivisível, inalienável e prescritível<sup>3</sup>.

A definição acerca da soberania reconhece a independência do Estado frente à comunidade internacional e garante a definição das regras que orientarão a ordem jurídica de seu território. Numa noção de poder e organização de todos os níveis de governo de um Estado. É evidente que a evolução de um conceito de soberania sofreu, ao longo da história, severas alterações no que diz respeito à ideia de soberania vinculada ao absolutismo e independência completa dos Estados dentro e fora dos seus territórios<sup>4</sup>.

A intensificação da internacionalização de relações nos últimos anos, especialmente no âmbito dos direitos humanos, provocou a relativização desta soberania em prol de uma proteção mais global desses direitos de modo a garantir que não sejam violados nos países em que se verifica a adoção de um destes documentos.

Nesse sentido, a globalização teve um papel relevante no que diz respeito à disseminação da proteção de direitos dos indivíduos, especialmente no período pós-guerra, como aconteceu por exemplo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos assinada pelos Estados em 1948, que impuseram a adoção de Direitos Sociais nas Constituições de alguns Estados. Foi, a partir da Declaração Universal do Direitos Humanos, que estes passaram a ser globais no sentido de que os direitos fundamentais, individuais, sociais, econômicos e políticos foram estendidos a todos os seres humanos existentes sem distinguir sexo, cor, religião ou nacionalidade<sup>5</sup>.

A globalização também foi um fenômeno responsável pela consideração de que as tecnologias de transporte e transmissão de informação facilitaram o fluxo de pessoas de uma maneira muito mais intensa nos últimos anos, tanto as que se deslocam de um país para outro de forma voluntária e aquelas que o fazem de maneira forçada em razão das circunstâncias do seu Estado de

---

1, 1992, p. 154.

3 REIS, Rossana Rocha. Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 19, n. 55, jun. 2004, pp. 149-164. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n55/a09v1955.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n55/a09v1955.pdf). Acesso em: 13 jul. 2020.

4 KERBAUY, Maria Teresa Miceli e TRUZZI, Oswaldo. Globalização, migrações internacionais e novos desafios à cidadania. **Perspectivas**, v. 31, pp. 123-135. Disponível em: <http://www.seer.fclar.unesp.br/perspectivas/article/download/523/448>. Acesso em: 19 jul. 2020.

5 “Os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial e a preocupação em prevenir a repetição de catástrofes associadas às políticas internas das Potências do Eixo levaram a uma preocupação crescente jurídica e social dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais”. Brownlie, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. pp. 587-588.

origem<sup>6</sup>.

A soberania dos Estados afeta inúmeras áreas da governança interna, sendo que, a preocupação deste estudo gira em torno da relação entre soberania, imigração e o fortalecimento da proteção dos Direitos Humanos das pessoas em movimento. Esta situação específica coloca em vigor um novo desafio para a soberania estatal no que diz respeito a sua relação com a gestão da migração que é monopólio da legitimidade de cada Estado.

Nesse sentido, a Declaração dos Direitos Humanos no âmbito da sua compreensão clássica tem como função regular o relacionamento entre o Estado e seus cidadãos, limitando desde aí a soberania deste Estado no que diz respeito à violação de direitos dos indivíduos<sup>7</sup>.

Todavia, este movimento provocado pela internacionalização dos direitos humanos e pela globalização faz com que esta compreensão se alargue para abranger o reconhecimento destes direitos para os seres humanos onde quer que se encontrem no campo internacional, nomeadamente em razão do crescente número de imigrantes ao redor do mundo, pelo que fez-se cada vez mais comum a utilização destas normas como guia para orientar o gerenciamento da mobilidade e dos direitos dos migrantes nos Estados receptores de forma que as suas atitudes e programas de ação perante os migrantes devem respeitar de todas as formas os seus direitos humanos mais básicos<sup>8</sup>.

Partindo de um conceito flexível de soberania esta parece ser uma tarefa mais fácil para os Estados, dado o reconhecimento de que os indivíduos, independentemente da sua nacionalidade ou condição regular dentro de um território, devem ter respeitados e garantidos os seus direitos humanos mais básicos, conforme definidos em documentos internacionais de que é signatário, não podendo simplesmente abandonar estas orientações por qualquer razão<sup>9</sup>.

Por exemplo, alguns documentos como a Convenção de Genebra<sup>10</sup> e o

---

6 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 35.

7 RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 117.

8 REIS, Rossana Rocha. op. cit. p. 156.

9 TAIAR, Rogério. **Direito Internacional dos Direitos Humanos: uma discussão sobre relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos**. Tese de doutorado, 2009.

10 “A Convenção Relativa ao Status de Refugiado foi assinada em 1951, na cidade de Genebra, e tinha um âmbito bastante limitado e preciso, qual seja, a situação das pessoas deslocadas pelos regimes totalitários da Europa nos anos de 1930 e pela Segunda Guerra Mundial. Em 1954, surgiu a Convenção Relativa aos Apátridas, que também se referia basicamente a situações do pós-guerra. No entanto, com a persistência dos conflitos armados e das ditaduras nos anos subsequentes, esses mecanismos foram sendo estendidos e aperfeiçoados para dar conta das novas situações. Em 1961, foi assinada a Convenção de Prevenção da Formação de Apátridas, e, em 1967, o Protocolo de Refugiados, em Nova York, o qual estendeu o conceito de refugiados para outros tipos de situação. A Convenção de Genebra prevê, entre outras coisas, que os Estados signatários têm obrigação de analisar os pedidos de asilo e de conceder aos refugiados o mesmo tratamento de que usufruem os cidadãos do país no que concerne à educação, à saúde e às condições de

protocolo assinado em Nova York são modelos de limitação da autonomia de decisão de um Estado na forma da sua soberania no que se refere a pontos importantes de gestão da migração como o controle das fronteiras e dos movimentos migratórios de forma geral.

Os Estados signatários passam dessa forma a orientar a sua legislação interna comprometendo-se com os termos destas e outras convenções no que diz respeito à proteção de direitos humanos dos migrantes. A soberania do Estado, entretanto, muitas vezes ainda se coloca em superioridade no que diz respeito às políticas de acolhimento e de gerenciamento da migração.

Apesar de serem proibidos de retornar as pessoas aos países que as perseguem (princípio de non-refoulement) nos casos de refugiados, isto não impõe que efetivamente estejam a par das garantias de outros direitos. O fato de que os Estados não estão sujeitos propriamente a um organismo supranacional que tenha a capacidade de exercer controle e sancionar os Estados que eventualmente infringem os direitos humanos na sua relação com a imigração impõe um obstáculo a mais para a garantia deste direitos e coloca a possibilidade de a soberania nacional ser absoluta e violar tais direitos<sup>11</sup>.

Esta relação deixa clara a importância de se compreender a soberania nacional constitucional dentro de uma perspectiva de proteção dos direitos humanos dos migrantes no país. Não se pode confundir a proteção dos interesses nacionais com a desvalorização dos direitos humanos de estrangeiros, especialmente em situações como o acolhimento de pessoas que vêm de países que enfrentam guerras civis ou crises humanitárias graves e que apresentam maior vulnerabilidade e necessitam de forma mais incisiva da intervenção de políticas públicas para proteger e efetivar seus direitos humanos, além de os livrar de serem alvos de trabalho-escravo, tráfico de pessoas, exploração sexual.

Mais uma vez, vale destacar que “o papel dos Estados nas migrações internacionais e os efeitos da construção de um sistema internacional de proteção aos direitos humanos sobre a questão migratória”<sup>12</sup> tem a ver com a soberania nacional também no sentido de que o Estado pode perder o controle exercido sobre a sua população e seu próprio território.

---

emprego. Além disso, deve-se garantir que não haja discriminação e que não sejam penalizados mesmo os candidatos a asilo que entrarem em um país sem autorização. A partir do Protocolo de Nova York, a Convenção de Genebra passou a ser aplicada também para casos não diretamente relacionados aos eventos anteriores a 1951”. REIS, Rossana Rocha. op. cit. p. 151.

11 Idem, p. 152.

12 “Além de deterem o monopólio sobre a mobilidade, os Estados também detêm o controle sobre a própria identidade do indivíduo, sua nacionalidade. Se os indivíduos nascessem e morressem todos no interior de um mesmo Estado, a definição de sua nacionalidade talvez fosse menos problemática. De fato, a nacionalidade é quase sempre atribuída ao indivíduo, independentemente de sua vontade. Ele pode até decidir deixar o território de seu país, se encontrar algum outro país disposto a recebê-lo, mas dificilmente pode renunciar à sua nacionalidade. A imigração, uma vez que subverte a relação povo/Estado/território obriga o Estado a formalizar, por meio de políticas de imigração e cidadania, as regras de acesso ao território e à nacionalidade”. REIS, Rossana Rocha. op. cit. p. 156.

Nesse sentido, é a lição de Rossana Rocha Reis:

As fronteiras continuam existindo, tanto as territoriais, como as de membership, e, mais do que isso, elas continuam a ter um significado importante apesar de toda a evolução do regime internacional de direitos humanos e o reconhecimento desses mesmos direitos na legislação doméstica dos países receptores. O não-reconhecimento de um direito de imigração e a autonomia do Estado na decisão de quem faz parte da sua população sustentam a divisão do mundo em Estados como associações de membership. A exclusão do imigrante dos processos decisórios que afetam sua própria situação garante a continuidade dessa situação<sup>13</sup>.

Assim, é preciso destacar que a soberania nacional tem uma missão especial para o fortalecimento dos direitos humanos dos estrangeiros, especialmente no cenário brasileiro atual do contexto migratório e da política adotada pelo atual governo de sobrevalorização de um conceito duvidoso de soberania nacional.

Existe na Declaração Universal dos Direitos Humanos garantias de mobilidade humana (artigo 13º, parágrafo 2º), do direito de nacionalidade (artigo 15º) e do direito de requerer asilo quando se é vítima de perseguição (artigo 14º)<sup>14</sup>. Todavia, na prática, os Estados têm liberdade para definir os critérios de atribuição da nacionalidade nos termos do exercício da sua soberania. É exatamente por essa razão que os direitos humanos podem ser enfraquecidos ou fortalecidos a depender de como os Estados assumem a sua soberania perante as normas do direito internacional dos direitos humanos no sentido de respeitar os limites que são impostos por este sistema<sup>15</sup>.

O fato é que estes direitos humanos possuem princípios superiores válidos para todos e alcança áreas da política, economia e sociais, sendo de todas as formas universais: para todos e em todos os lugares, não são divisíveis nem inalienáveis e não podem ser negados. Se a soberania nacional for flexível o suficiente para adotar esses direitos como princípios para orientar a legislação e os tratamentos dos migrantes há uma grande chance de que essa soberania seja favorável à efetiva garantia dos direitos humanos na vida destas pessoas.

Porém, é preciso demarcar que ainda que exista um desenvolvimento nas últimas épocas do reconhecimento de todos os seres humanos como sujeitos que possuem direitos independentemente da sua nacionalidade quando se trata do âmbito das migrações, estes direitos ainda estão sujeitos à implementação pelo Estado que possui a palavra final sobre a garantia dos direitos

13 Idem, p. 161.

14 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf). Acesso em: 16 jul. 2020.

15 PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. **Direitos humanos e hospitalidade: a proteção internacional para apátridas e refugiados**. São Paulo: Atlas, 2014.

humanos dos estrangeiros em seus territórios<sup>16</sup>. Desse modo, só há fortalecimento dos direitos humanos quando de forma efetiva a soberania nacional cede ao reconhecimento internacional destes direitos.

Como já foi referido anteriormente, a inexistência de uma organização internacional que imponha e sancione os Estados que, de algum modo, violam os direitos humanos dos estrangeiros é uma dificuldade a mais para demarcar uma tendência de fortalecimento dos direitos humanos para os grupos migrantes.

## **A Soberania e os Direitos Humanos dos Estrangeiros no Cenário Brasileiro**

As definições de soberania, na sua forma mais clássica em que os poderes soberanos são completamente independentes a outros Estados e organizações internacionais, manifestando-se por meio de um poder absoluto e perpétuo que encontrava limites apenas nas leis divinas passou a ser concebido como um Estado contemporâneo que não se submete a nenhum outro e é responsável pela autoridade da sua jurisdição, porém não absoluto, respeitando os limites estipulados pela sua legislação interna e pelos acordos internacionais ratificados por este Estado<sup>17</sup>.

Apesar dos desenvolvimentos nos sistemas de direitos humanos com a finalidade de garantir também os direitos dos imigrantes impõe que a efetivação desses direitos parta propriamente de iniciativas dos Estados que definirão, conforme queiram, as políticas internas de proteção desses direitos aos estrangeiros que residam no seu território<sup>18</sup>.

O que acontece no Brasil, atualmente, reflete exatamente o conflito entre a ideia de soberania nacional e as decisões de um país para implementar medidas de efetivação dos direitos humanos para os migrantes na sua ordem jurídica interna.<sup>19</sup>

Mesmo diante do cenário em que o país recebe milhares de migrantes, nomeadamente aqueles de origem do país fronteiriço, a Venezuela, o atual chefe de Estado opta por levantar bandeiras que afastam a atuação brasileira do desenvolvimento internacional de evolução destes direitos, por meio de acordos de cooperação entre os Estados, como acontece com o Pacto Global para a Migração da Organização das Nações Unidas<sup>20</sup>.

Este Pacto Global para as Migrações foi formalmente adotado, em de-

16 REIS, Rossana Rocha. op. cit. p. 159.

17 BRITO, Fausto. A politização das migrações internacionais: direitos humanos e soberania nacional. In: **Revista Brasileira de estudos de população**, v. 30, n. 1, pp. 77-97, jun. 2013. São Paulo. p. 93. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-30982013000100005&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982013000100005&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 20 jul. 2020.

18 Idem, p. 94.

19 OLIVEIRA, A. T. R. op. cit., p. 121.

20 UNITED NATION GENERAL ASSEMBLY. **Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration**. Disponível em: [https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180711\\_final\\_draft\\_0.pdf](https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180711_final_draft_0.pdf). Acesso em: 17 jul. 2020.

zembro de 2018, pela Assembleia Geral, na Conferência Intergovernamental de Marraquexe, após um ano e meio de discussão e consultas envolvendo Estados, instituições internacionais e a sociedade civil. Ao fim, o Pacto foi assinado por 164 (cento e sessenta e quatro) Estados Membros da Organização das Nações Unidas (ONU) e, depois, endossado pela Assembleia Geral da ONU por maioria, com 152 (cento e cinquenta e dois) votos a favor, 5 (cinco) contra e 12 (doze) abstenções, sendo que 24 (vinte-quatro) Estados não participaram da votação<sup>21</sup>.

A recente adoção do Pacto Global para as Migrações representa um relevante avanço para que se alcance uma melhor cooperação internacional na gestão da mobilidade humana, e manifesta a noção de que a migração não é um fenômeno isolado, mas sim dependente da partilha e comprometimento entre os Estados, em escala global.

O Pacto é um documento colaborativo destinado a promover a cooperação entre os atores relevantes na migração e tornou-se o primeiro instrumento intergovernamental negociado de forma ampla para o tema das migrações internacionais, considerando nesta abordagem os fatores de migração e a sua ligação com os direitos e a dignidade de todos os migrantes.

Nessa linha, o Pacto Global para as migrações intenta auxiliar os Estados a potencializar os bons efeitos da migração para os migrantes, suas famílias e as sociedades das quais eles partem, enquanto simultaneamente visa reduzir os fatores que obrigam as pessoas mudarem-se ou que as levam a fazê-lo de maneira insegura, desordenada ou irregular.

Nisto se revela a imprescindível atuação dos Estados em traçar objetivos comuns que se centrem também nas necessidades dos migrantes. De forma geral, o acordo para as migrações preocupa-se com a criação de condições para que os indivíduos possam ter uma vida segura e digna onde quer que estejam<sup>22</sup>.

O Pacto parte do reconhecimento de que os riscos e os impactos negativos que a migração não gerenciada pode ter na sociedade e na vida dos indivíduos justificam o tratamento da migração internacional em todas as suas dimensões com uma perspectiva global, tendo em conta os interesses das principais partes interessadas no processo de migração.

Alguns pilares são fundamentais para a consideração deste Pacto, como:

(i) o reconhecimento de que todos os Estados são Estados de migração e, portanto, cada um deve desenvolver políticas e instituições eficazes para gerenciar as migrações e (ii) como a migração é, por definição, um fenômeno transnacional, nenhum Estado pode efetivamente gerir/regular sozinho a

21 UNITED NATION GENERAL ASSEMBLY. **Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration**. Disponível em: [https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180711\\_final\\_draft\\_0.pdf](https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180711_final_draft_0.pdf). Acesso em: 17 jul. 2020.

22 GIL, Ana Rita. Guiding Principles of the Global Compact on Migration. Sousa, Constança Urbano de (edit.). In: **The relevance of migration for the 2039 Agenda for Sustainable Development – The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration**. Lisboa: Universidade Autônoma de Lisboa, 2019.

mesma. Para alcançar a finalidade a que se propõe, o Pacto define dez princípios e vinte e três objetivos<sup>23</sup>.

Estes objetivos destacam, sobretudo, a valorização dos direitos humanos dos migrantes, indicando que os Estados adotem políticas que tenham como finalidade:

Recolher e utilizar dados precisos e desagregados como base para as autoridades policiais; Minimizar os fatores adversos e os fatores estruturais que obrigam os migrantes a deixar o seu país de origem; Fornecer informações precisas e oportunas em todas as fases da migração; Assegurar que todos os migrantes tenham cartão de identidade e documentação legal adequada; Aumentar a disponibilidade e a flexibilidade para a regulação das migrações; Facilitar o recrutamento justo e ético e salvaguardar condições que garantam um trabalho decente; Abordar e reduzir vulnerabilidades na migração; Salvar vidas e estabelecer esforços internacionais coordenados para procurar migrantes desaparecidos; Reforçar a resposta transnacional ao contrabando de migrantes; Prevenir, combater e erradicar o tráfico de pessoas no contexto internacional das migrações; Gerir as fronteiras de forma integrada, segura e coordenada; Reforçar a certeza e previsibilidade nos procedimentos de migração para triagem, avaliação e encaminhamento; Usar a detenção de migrantes apenas como uma medida de último recurso e trabalhar para encontrar medidas alternativas; Reforçar a proteção, assistência e cooperação dos consulados em todos os ciclos das migrações; Fornecer acesso a serviços básicos para migrantes; Capacitar os migrantes e a sociedade civil para a plena inclusão e coesão social; Eliminar todas as formas de discriminação e promover o discurso público baseado em evidências para moldar as ideias pré-concebidas sobre a migração; Investir no desenvolvimento de competências e qualificações dos migrantes e facilitar o seu reconhecimento; Criar condições para os migrantes e as diásporas contribuírem plenamente para o desenvolvimento sustentável em todos os países; Promover uma transferência de remessas mais rápida, segura e mais barata e promover a inclusão financeira dos migrantes; Cooperar para facilitar o regresso e a readmissão seguros e dignos, assim como a reintegração sustentável; Estabelecer mecanismos para a portabilidade dos direitos de segurança social e benefícios ganhos; Fortalecer a cooperação internacional e as parcerias globais para garantir uma migração segura, ordenada e regular<sup>24</sup>.

No entanto, o Pacto possui uma característica especial: não vincula juridicamente os Estados-Membros. O recurso a um instrumento jurídico de soft law envolve profundos debates na doutrina, no que toca à sua efetividade e

23 UNITED NATION GENERAL ASSEMBLY. **Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration**. Disponível em: [https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180711\\_final\\_draft\\_0.pdf](https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180711_final_draft_0.pdf). Acesso em: 17 jul. 2020.

24 UNITED NATION GENERAL ASSEMBLY. **Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration**. Disponível em: [https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180711\\_final\\_draft\\_0.pdf](https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180711_final_draft_0.pdf). Acesso em: 17 jul. 2020.



adequação, no cenário dos desafios enfrentados e, sobretudo, quanto à proteção dos direitos fundamentais dos migrantes<sup>25</sup>.

Mesmo assim, o Presidente brasileiro após ter ratificado este Pacto decidiu que o país:

(...) é soberano para decidir se aceita ou não imigrantes” e “quem porventura vier para cá deverá estar sujeito às nossas leis, regras e costumes bem como deverá cantar o nosso hino e respeitar a nossa cultura. Não é qualquer um que entra em nossa casa, nem será qualquer um que entrará no Brasil via Pacto adotado por terceiros. Não ao Pacto Migratório.<sup>26</sup>

Esta atitude, por óbvio, representa um retrocesso tanto para o conceito contemporâneo de soberania que impõe a flexibilização dos interesses do Estado frente à garantia do bem maior dos direitos de migrantes, incluindo a sua dignidade<sup>27</sup>. O Brasil se afasta, desse modo, de um instrumento com propostas de cooperação que poderiam ser úteis à boa gestão dos movimentos migratórios com a implementação de políticas públicas adequadas para a integração e, mais uma vez, a garantia dos direitos humanos dos estrangeiros no território brasileiro.

Nesse sentido, a discussão que aqui se faz já foi colocada em outros estudos, como o de

Num contexto de globalização acentuada, a soberania dos Estados cede lugar à uma nova ordem jurídica transnacional, especialmente no tocante a decidibilidade de questões sobre direitos humanos fundamentais, que passam a ser de responsabilidade de toda a comunidade internacional. Um dos exemplos mais recentes e relacionado a um dos temas de maior relevância global, as migrações, refere-se à adoção do Pacto Global Para Migração segura, ordenada e regular, que busca regulamentar e padronizar medidas a serem tomadas frente a casos de migrações no mundo todo, tendo em vista que atualmente, 3,4% da população mundial é migrante. Olhando particularmente para a realidade brasileira, que recebe milhares de venezuelanos todos os dias, o tema ganha importância sobretudo, pela recente saída do Brasil do Pacto<sup>28</sup>.

25 BUFALINI, A. The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: What is its contribution to International Migration Law? **Questions of International Law**, 58, vol. 5, 24, 2019. Disponível em: [http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2019/05/02\\_Global-Compact\\_BUFALINI\\_FIN\\_Rev-1.pdf](http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2019/05/02_Global-Compact_BUFALINI_FIN_Rev-1.pdf).

26 JORDÃO, Fernando. **Cinco pontos para entender a saída do Brasil do Pacto Migratório da ONU**. Brasília: Correio Brasiliense. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/01/10/interna-brasil,729949/cinco-pontos-para-entender-saida-do-brasil-do-pacto-migratorio-da-onu.shtml?fbclid=IwAR2uIxVHK4nIwNsrQE7r0mvPLGZ629KzV-2f-B1b2Bpxzo0B1adQIFIPA1Q>. Acesso em: 18 julho 2020.

27 BAENINGER, Rosana. Pacto Global de Migração e Direitos Humanos. **Jornal da Unicamp**. Maio 2018.

28 SPOSATO, Karyna Batista; LAGE, Renata Carvalho Martins. A Retirada do Brasil do

A confusão de conceitos envolvendo um distanciamento entre a soberania nacional e a efetivação de direitos humanos dos migrantes que envolvem, além do afastamento do Pacto Global para a Migração segura, ordenada e regular, o Brasil enfrenta inúmeras situações que representam a violação sistemática de direitos humanos dos migrantes e, agora, ainda mais quando se retira de um instrumento internacional de colaboração multilateral para ampliar as possibilidades de tratamento digno e proteção dos direitos humanos dos migrantes.

## Conclusão

A construção de um conceito de soberania que englobe efetivamente o respeito aos direitos humanos de todos os indivíduos, inclusive os estrangeiros residentes em um território de um Estado é o que definirá o enfraquecimento ou fortalecimento de tais direitos num país. Mesmo que o Estado se apresente diante do direito internacional, permanece sendo uma forma de organização política e jurídica de uma sociedade nos limites de um território e sujeito a uma soberania nacional que tem, sobretudo, como finalidade, o bem geral dos seus indivíduos, incluindo a garantia da dignidade humana e todos os direitos humanos e sociais que são a eles inerentes.

A relação da soberania e direitos humanos assume uma dimensão muito mais complexa quando colocada frente às relações de imigração, visto que é preciso, por um lado, respeitar a independência e soberania nacional e, por outro, cumprir a exigência dos direitos humanos de garantir de forma universal os seus preceitos onde quer que os indivíduos se encontrem respeitando igualmente a sua dignidade humana<sup>29</sup>.

Isto impõe aos Estados uma questão primordial envolvendo a sobreposição da soberania nacional sobre os direitos humanos de forma que envolve a consideração do regime internacional dos direitos humanos na adoção de políticas migratórias. A tensão que se coloca entre o sistema jurídico internacional de direitos humanos que considera as pessoas individualmente, sem levar em conta as suas nacionalidades e os interesses dos Estados soberanos que não prescindem da sua capacidade de autodeterminação quanto ao controle e gestão da mobilidade internacional.

O Brasil, no cenário atual de migração, mesmo com problemas estruturais na garantia de direitos humanos das pessoas em mobilidade que residem no seu território representa, atualmente, o conflito entre a soberania nacional e a efetiva implementação destes direitos. Isto se dá, primordialmente, porque o Chefe de Estado se impõe como defensor de uma soberania nacional absoluta que não condiz com o conceito contemporâneo que a flexibiliza em prol do respeito ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

---

Pacto Global Para Migração Segura: Um Olhar Crítico Pela Ótica do Transconstitucionalismo. **Caderno de Relações Internacionais**, vol. 11, nº 20, jan-jun. 2020.

29 Idem.

Isso demonstra a necessidade do debate entre a relativização da soberania estatal e o fortalecimento dos direitos humanos dos estrangeiros. Exemplo disso é que, uma concepção ultrapassada de soberania do Estado impulsionou o retrocesso da tendência de garantir a estas pessoas em especial situação de vulnerabilidade, como se pode verificar com a saída do país como Estado signatário do Pacto Global para a Migração segura, regular e ordenada da ONU, além das inúmeras violações aos direitos humanos dos migrantes no país.

O fortalecimento dos direitos humanos dos migrantes no Brasil depende diretamente, portanto, da ideia de soberania nacional que se compreende pelo Estado, o que guiará as suas ações no sentido de garantir a efetivação dos direitos humanos dos seus migrantes.

## Referências

- BAENINGER, Rosana. Pacto Global de Migração e Direitos Humanos. **Jornal da Unicamp**. Maio 2018.
- BRITO, Fausto. A politização das migrações internacionais: direitos humanos e soberania nacional. In: **Revista Brasileira de estudos de população**, v. 30, n. 1, pp. 77-97, jun. 2013. São Paulo. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-30982013000100005&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982013000100005&lng=pt&nrm=iso).
- BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. pp. 587-588.
- BUFALINI, A. The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: What is its contribution to International Migration Law? **Questions of International Law**, 58, vol. 5, 24, 2019. Disponível em: [http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2019/05/02\\_Global-Compact\\_BUFALINI\\_FIN\\_Rev-1.pdf](http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2019/05/02_Global-Compact_BUFALINI_FIN_Rev-1.pdf).
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. 1, 1992.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GIL, Ana Rita. Guiding Principles of the Global Compact on Migration. Sousa, Constança Urbano de (edit.). In: **The relevance of migration for the 2039 Agenda for Sustainable Development – The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration**. Lisboa: Universidade Autônoma de Lisboa, 2019.
- JORDÃO, Fernando. **Cinco pontos para entender a saída do Brasil do Pacto Migratório da ONU**. Brasília: Correio Brasiliense. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/01/10/interna-brasil,729949/cinco-pontos-para-entender-saida-do-brasil-do-pacto-migratorio-da-onu.shtml?fbclid=IwAR2uIxVHK4nIwNsrQE7r0mvPLGZ629KzV-2f-Blb2Bpxzo0B1adQIFIPAIQ>.

KERBAUY, Maria Teresa Miceli e TRUZZI, Oswaldo. Globalização, migrações internacionais e novos desafios à cidadania. **Perspectivas**, v. 31, pp. 123-135. Disponível em: <http://www.seer.fclar.unesp.br/perspectivas/article/download/523/448>.

OLIVEIRA, A. T. R. de. Los impactos de la migración venezolana en Brasil: crisis humanitaria, desinformación y los aspectos normativos. In: Blouin et al (Orgs.) **Después de la llegada: realidades de la migración venezolana**. Lima: Ed. Themis, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf).

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. **Direitos humanos e hospitalidade: a proteção internacional para apátridas e refugiados**. São Paulo: Atlas, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

REIS, Rossana Rocha. Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 19, n. 55, jun. 2004, pp. 149-164. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n55/a09v1955.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n55/a09v1955.pdf).

SPOSATO, Karyna Batista; LAGE, Renata Carvalho Martins. A Retirada do Brasil do Pacto Global Para Migração Segura: Um Olhar Crítico Pela Ótica do Transconstitucionalismo. **Caderno de Relações Internacionais**, vol. 11, nº 20, jan-jun. 2020.

TAIAR, Rogério. **Direito Internacional dos Direitos Humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos**. Tese de doutorado, 2009.

UNITED NATION GENERAL ASSEMBLY. **Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration**. Disponível em: [https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180711\\_final\\_draft\\_0.pdf](https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180711_final_draft_0.pdf).

# A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM PROL DA CONSTITUIÇÃO: A PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O ADVENTO DA LEI N. ° 50/2018 NO PROCESSO DE DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DE PORTUGAL

**Mariane Silva Camargo**

Doutoranda em Direito Público e Mestre em Direito Constitucional, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogada, inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, Paraná e Santa Catarina

## **Resumo:**

Assente em preliminar compreensão histórica, buscou-se quais seriam as normas vigentes acerca do direito à saúde no Ordenamento Jurídico Português e como se constituiria o alcance da Administração Pública à sua concretização, principalmente perante a Lei n.º. 50/2018, que prevê reforma administrativa do Estado Português. Identificou-se que ainda que proclamado como um direito fundamental, conforme art. 64º, TÍTULO III, da Constituição lusitana, esse direito não obteve a concessão de um “regime jurídico-constitucional de protecção privilegiada”, conferida somente aos do TÍTULO II e análogos. Perante análise crítica, por meio de uma pesquisa explicativa e bibliográfica, constatou-se que Administração Pública deve ser a verdadeira defensora da Constituição, principalmente diante da inexistência de mecanismos jurídicos que propiciem a imediata concretização do direito à saúde.

**Palavras-chave:** Direito à saúde; Constituição; Reforma administrativa; Administração Pública; Portugal.

## **Introdução**

O Direito fundamental social à saúde revela um conteúdo denso e complexo, como um inexorável e essencial valor diretamente conectado ao maior bem jurídico protegido pelo Direito e pelo Estado, o direito à vida.

Como um direito fundamental disposto e garantido na carta magna portuguesa, analisar-se-á, também, quais seriam as normas correlatas vigentes sobre o direito fundamental social à saúde no Ordenamento Jurídico Português no âmbito infra constitucional, e, como se constituiria o alcance e o papel da

Administração Pública e Judiciário à concretização desse direito à saúde, perante uma perspectiva normativa e com ênfase no recente advento da Lei n.º 50/2018, somadas às suas demais previsões legislativas correlatas.

Insurge, primeiramente, a necessidade da compreensão histórica do advento do Estado Social e quais mudanças e acréscimos legislativos puderam contribuir para o atual cenário jurídico e estatal português no âmbito do Direito à saúde, com foco atual na exímia importância do princípio da dignidade da pessoa humana e na inclusão desse direito como integrante do mínimo existencial.

Analisar-se-á a prossecução do interesse público em Portugal através da proposta de reforma administrativa do Estado e quais seriam os princípios embaixadores desse marco, consubstanciado pela transferência de competências para as autarquias locais e às entidades intermunicipais.

Observar-se-á como a concretização da Lei n.º 50/2018 foi condicionada à posterior aprovação de diplomas sectoriais relativos a cada uma das áreas que deterão novas competências e, principalmente, a necessidade de alterações à Lei das finanças locais.

Por fim, poder-se-á estabelecer uma análise crítica sobre o apontado cenário de descentralização administrativa perante a observação de preceitos da seara do direito administrativo contemporâneo cumulada às possibilidades de concretização dos direitos fundamentais constitucionais à saúde.

## **A Proteção do Direito à Saúde e a Administração Pública em Portugal**

A suprema relevância de questões relativas à saúde ecoa com urgência em nossa sociedade global e apontam, constantemente, para uma das maiores e inequívocas vulnerabilidades do ser humano, a degradação do seu completo bem-estar físico, mental e social perante enfermidades, doenças ou demais comorbidades que ainda desafiam a ciência à obtenção de cura e/ou tratamentos de saúde eficazes.

Essa relevância atemporal e multidisciplinar conferida ao direito fundamental social à saúde pode igualmente ser corroborada através do exímio entendimento de LOUREIRO (2008. pag. 35 a 73) , para o qual “[...] A saúde é o bemobjecto do direito, o bem protegido. Bem que surge adjectivado de básico (John Finnis), primário (John Rawls) ou como condição para o desenvolvimento (Amartya Sen)”.

Assim, uma riqueza normativa adveio da contínua evolução jurídico-filosófica dessa temática e pode ser igualmente observada nas disposições constitucionais da carta magna portuguesa do ano de 1976, em que o direito à saúde é primeiramente previsto no artigo 64º, 1, do Título III, que dispõe: *“Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover [...]”* (PORTUGAL. 2019).

Ressalta-se que o direito à saúde é colorário direto do bem jurídico que

detém a principal proteção do Direito e do Estado, o direito à vida. Detém, ainda, salutar conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana, e perfaz o “mínimo existencial”, compreendido como a agregação das condições de existência à uma vida digna para o ser humano, segundo SARLET (2008, p.26).

Nesses parâmetros, observa-se a menção ao referido princípio da dignidade da pessoa humana logo no primeiro artigo da Constituição da República Portuguesa, a constar que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e dedicada à concretização de uma sociedade livre, justa e solidária” (PORTUGAL, 2019).

Contudo, constata-se que a influência originária desse conteúdo principiológico irradia não somente nesses artigos ora elencados na Constituição da República de Portugal, mas, igualmente, por todo o conteúdo constitucional e legislativo português, em que o ser humano é considerado diante de suas múltiplas condições, dimensões e funções, conforme entendimento de CA-NOTILHO (1982, p. 34 e 35),

Quando na Constituição Portuguesa se fala em respeito pela “dignidade da pessoa humana” não se trata de definir ou consagrar um “*homo clausus*”, nem reconhecer metafisicamente a pessoa como “centro do espírito”, nem impor constitucionalmente uma “imagem unitária do homem e do mundo”, nem ainda, “amarrar” ou encarcerar o homem num mundo cultural específico, mas tornar claro que na dialéctica “processo-homem” e “processo-realidade” o exercício do poder e as medidas da *práxis* devem estar conscientes da identidade da pessoa com os seus direitos (pessoais, políticos, sociais e económicos), a sua dimensão existencial e a sua função social.

A partir desse contexto, pode-se ainda constatar que não somente o conteúdo constitucional do direito fundamental social à saúde e toda a gama jurídica pátria infra-constitucional ora resultantes advém da compreensão desse princípio que ampara e guia a Constituição portuguesa, mas, salienta-se o seu respectivo movimento estatal, administrativo e social consequentes deveriam igualmente seguir os seus moldes e fundamentos para a concretização efetiva da letra da lei. Nesse sentido, NOVAIS (2010, p. 23.) argumenta que, “Se uma Constituição acolhe os direitos sociais, seja como tarefas do Estado, seja, sobretudo, como direitos fundamentais, que consequências terá essa opção na ordem jurídica e na vida jurídica dos cidadãos? Que deveres jurídicos daí resultam para os poderes públicos e que direitos, se é que alguns, daí decorrem para os cidadãos?”

Porém, artigo 64º, Título III, da carta magna portuguesa reflete uma dicotomia entre os direitos elencados no TÍTULO II - (Direitos, liberdades e garantias) e os do TÍTULO III (Direitos e deveres económicos, sociais e culturais), visto que somente os direitos do TÍTULO II, cumulado posteriormente ao conteúdo do artigo 17 (Todos direitos que sejam análogos aos men-

cionados no TÍTULO II), teriam um “regime jurídico-constitucional diferenciado”, um “*novo meio processual*”, advindo do art.20.º, n. 5 da CRP, que é negado ao direito fundamental social à saúde, constante do TÍTULO III, segundo NOVAIS (2010. p. 333),

Em 2002, o Código de Processo dos Tribunais Administrativos criou um novo meio processual, ‘a intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias’, utilizável quando seja indispensável, para assegurar o exercício em tempo útil de um direito, liberdade ou garantia, a emissão célere de decisão judicial de mérito que imponha à Administração a adopção de uma conduta positiva ou negativa. [...] concretização e desenvolvimento, por parte do legislador administrativo, da imposição legiferante introduzida na revisão constitucional de 1997 (art.20.º, n. 5, da Constituição), segunda a qual para defesa dos direitos, liberdade, garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade.

Portanto, compreende-se que o direito à proteção da saúde é de fato um direito fundamental social previsto na carta magna portuguesa, apesar desse não se beneficiar de um regime processual específico e célere, mas que deverá ser garantido pelo Estado, sendo esse “não apenas como um regulador do sistema, mas chamado a ocupar o lugar central na prestação dos cuidados da saúde”. (DEODATO. 2012. p. 9 -10), pois fenômenos tais como a judicialização da saúde e ativismo judicial não poderiam incorrer no cenário jurídico português.

Após mencionada previsão constitucional, na data de 15 de setembro de 1979 foi publicada a Lei nº 56/79 que criou o Serviço Nacional de Saúde (SNS), concretizando assim o direito constitucional à proteção da saúde, a prestação de cuidados globais de saúde de modo gratuito (com a possibilidade de criação de taxas moderadoras) e o acesso a todos os cidadãos, independentemente da sua condição econômica e social (bem como aos estrangeiros, em regime de reciprocidade, apátridas e refugiados políticos).

O Serviço Nacional de Saúde “goza de autonomia administrativa e financeira e estrutura-se numa organização descentralizada e desconcentrada, compreendendo órgãos centrais, regionais e locais, e dispondo de serviços prestadores de cuidados de saúde primários (centros comunitários de saúde) e de serviços prestadores de cuidados diferenciados (hospitais gerais, hospitais especializados e outras instituições especializadas).” (PORTUGAL, 2018)

Ressalta-se que a realização desses comandos é destinada, principalmente, ao Estado português, e, em especial, à Administração Pública de Portugal.

Entretanto, a devida compreensão do protagonismo do Estado através do Poder Executivo e Administração Pública à garantia de condições de vida digna ao povo – por meio da composição de serviços sociais, órgãos ativos e fundamentado em princípios basilares – surgiu recentemente e com maior



notoriedade a partir do século XX e após as grandes primeira e segunda guerras, com a origem do “Estado social, na tentativa da criação de uma sociedade mais justa, tendo por base a ideia de solidariedade”, conforme ALEXANDRINO (2006. p. 201-203).

Assim, o Estado passa a exercer uma prestação positiva e não somente negativa, sendo garantidor não apenas da proteção aos indivíduos, à sociedade e em consonância com as previsões normativas sobre os direitos de liberdade, mas, também, como um gerador de prestações positivas em prol da saúde, da educação, da moradia, da previdência social e do transporte.

Nestes termos, inicia-se a compreensão do valor e alcance da atuação do Estado e da Administração Pública portuguesa hodiernamente, como um “aparelho administrativo” do Estado em face da sociedade civil, que integra os variados organismos que efetivam a função pública administrativa e, principalmente, realizam a prossecução do interesse público.

## **A Almejada Descentralização Administrativa do Estado e o Advento da Lei N.º 50/2018**

Após 35 anos do advento da Constituição da República Portuguesa de 1976, o Estado Português foi palco de uma grave de crise econômica e financeira, “traduzida, entre outros aspectos, numa enorme subida das taxas de juro praticadas no mercado de dívida pública e na descida acentuada do rating da República Portuguesa, dos bancos e de importantes empresas Públicas”, conforme CORREIA, (2015. p. 13.) a impossibilitar a capacidade necessária do Estado Português em obter e de também financiar a economia.

Esse quadro incitou o Estado Português ao comprometimento formal por apoio que resultou na assinatura de dois Memorandos de Entendimento, um com o Fundo Monetário Internacional (FMI) e outro com a Comissão Européia (CE) e o Banco Central Europeu (BCE) que cumulados resultaram no denominado “Programa de Assistência Económica e Financeira, que determinou “a satisfação de determinadas condições prévias por parte das autoridades portuguesas e é constituído por um conjunto de instrumentos jurídicos”. (CORREIA 2015. p. 13.)

Dentre os domínios em que o Estado Português se comprometeu à realização dessas condições prévias (consubstanciadas no objetivo de que a eficácia e eficiência do Estado Português pudessem ser majoradas), constam, especialmente, os da Administração Pública central, regional e local.

Compreende-se que a Administração Pública é um conceito agregador, que identifica determinados elementos ou características em sujeitos, entidades ou organizações, enquadrando-os à categoria de “sujeitos da Administração Pública”, dentre os quais encontram-se as denominadas “pessoas coletivas de direito público” que serão o principal alvo das reformas adotadas pelo Estado Português.

Constam como sujeitos da Administração Pública de Portugal todas as

entidades com personalidade de direito público, como: o Estado; as regiões autônomas; as autarquias locais (municípios e freguesias); as entidades intermunicipais (que são associações de municípios); os institutos públicos; as associações públicas (associações públicas profissionais).

Dentre as mencionadas reformas estratégicas na Administração Pública, induzidas pelas diretivas dos Memorandos de Entendimento, cita-se, primordialmente: a “reorganização administrativa territorial autárquica”, conforme Lei n.º 22/2012, Lei n.º 11-A/2013 e Lei n.º 56/2012, posteriormente alterada pela Lei n.º 85/2015; a “reforma territorial supramunicipal e regional”, segundo a Lei n.º 75/2013, alterada pela Lei n.º 25/2015 e Lei n.º 69/2015; o “reforço da descentralização administrativa, através da transferência de competências do Estado para as autarquias locais e para as entidades intermunicipais, bem como da delegação de competências do Estado nas mesmas entidades”, compreendido na Lei n.º 75/2013, Decreto-Lei n.º 30/2015 e Decreto-Lei n.º 51/2015. Em observação à finalidade dessa sequência de reformas, segue o entendimento de CORREIA (2015, p. 17),

Sublinhe-se que, no entanto, que essas três reformas, bem como outras aqui omitidas, tiveram como objetivo não apenas a *estrita redução da despesa pública*, mas também os grandes desígnios da melhor organização do Estado, do aumento da eficiência e da eficácia da gestão dos recursos públicos, da maior proximidade das decisões aos problemas, da melhoria da qualidade de vida dos serviços prestados às populações locais, da promoção da coesão territorial, do aumento da responsabilização política, do reforço da participação dos cidadãos na administração pública e do aprofundamento da democracia participativa, como forma de completar a democracia representativa.

Nesse cenário de reformas administrativas, observa-se, principalmente, que a descentralização administrativa é constituída por um processo contínuo, que transcenderá o mandato de uma legislatura e, igualmente, trará consequências profundas na organização do Estado Português. Desse modo, resta necessária a análise contínua de cada lei e ato administrativo realizados para esse fim, e nesse momento, em especial, a análise do recente panorama jurídico da Lei n.º 50/2018.

## **Panorama Jurídico e Especificidades da Lei N.º 50/2018**

A Lei n.º 50/2018, de 16 de agosto de 2018, publicada no Diário da República n.º 157/2018, Série I, estabelece como seu objeto e âmbito, “o quadro da transferência de competências para as autarquias locais e para as entidades intermunicipais, concretizando os princípios da subsidiariedade, da descentralização administrativa e da autonomia do poder local” (ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, 2020).

As variadas espécies de autarquias locais citadas realizam as suas funções através de órgãos que revelam a vontade destes entes públicos e que também

apresentam um rol de competências dinâmicas em contínuo ‘*reforço e aprofundamento*’ (CORREIA, 2015, p. 31).

A concretização da transferência dessas “novas competências, a identificação da respetiva natureza e a forma de afetação dos respetivos recursos serão concretizadas através de diplomas legais de âmbito setorial, relativamente às diversas áreas a descentralizar da administração direta e indireta do Estado, os quais estabelecem disposições transitórias adequadas à gestão do procedimento de transferência em causa” (ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, 2020), conforme análise do artigo 4.º

A questão do financiamento dessas novas competências detém salutar atenção, pois, conforme disposto no artigo 5.º, “o regime financeiro das autarquias locais e entidades intermunicipais considera o acréscimo de despesa em que estas incorrem, pelo exercício das competências transferidas e acréscimo de receita que decorra do referido exercício” (ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, 2020). Afinal, uma disposição especificada acerca das delimitações de objetivos e do repasse de meios financeiros à realização do enunciado principal e transferência de competências perfaz um dos pontos mais relevantes dessa legislação, pois, caso o amparo financeiro reste insuficiente e os objetivos não sejam devidamente especificados, frustrará não somente os comandos dessa lei, mas a integralidade da reforma administrativa em Portugal.

Em razão do exposto, salutar indicar que constam, ainda, demais assuntos pormenorizados no primeiro capítulo dessa lei, como a criação de uma comissão de acompanhamento da descentralização no artigo 6.º, a indicação da transferência de recursos humanos no artigo 8.º e disposições referentes às Regiões autónomas no artigo 9.º, contudo, menções à transferência de competências no âmbito da saúde constam somente a partir do Capítulo II,

(...) CAPÍTULO II. Novas competências dos órgãos municipais. Artigo 13.º. Saúde. 1 - É da competência dos órgãos municipais participar no planeamento, na gestão e na realização de investimentos relativos a novas unidades de prestação de cuidados de saúde primários, nomeadamente na sua construção, equipamento e manutenção. 2 - Compete igualmente aos órgãos municipais: a) Gerir, manter e conservar outros equipamentos afetos aos cuidados de saúde primários; b) Gerir os trabalhadores, inseridos na carreira de assistentes operacionais, das unidades funcionais dos Agrupamentos de Centros de Saúde (ACES) que integram o Serviço Nacional de Saúde; c) Gerir os serviços de apoio logístico das unidades funcionais dos ACES que integram o Serviço Nacional de Saúde; d) Participar nos programas de promoção de saúde pública, comunitária e vida saudável e de envelhecimento ativo.

(...) CAPÍTULO III. Novas competências dos órgãos das entidades intermunicipais. Artigo 33.º. Saúde. 1 - É da competência dos órgãos das entidades intermunicipais participar na definição da rede de unidades de cuidados de saúde primários e de unidades de cuidados

continuados de âmbito intermunicipal. 2 - Compete igualmente aos órgãos das entidades intermunicipais: a) Emitir parecer sobre acordos em matéria de cuidados de saúde primários e de cuidados continuados; b) Designar um representante nos órgãos de gestão das unidades locais de saúde, na respetiva área de influência; c) Presidir ao conselho consultivo das unidades de saúde do setor público administrativo ou entidades públicas empresariais.” (ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, 2020)

A previsão da transferência de competências ainda podem ser observadas nos seguintes âmbitos: educação; ação social; proteção civil; cultura; património; habitação; áreas portuário-marítimas e áreas urbanas de desenvolvimento turístico e económico não afetas à atividade portuária; informação cadastral, transportes e vias de comunicação; estruturas de atendimento ao cidadão; policiamento de proximidade; proteção e saúde animal; segurança dos alimentos; segurança contra incêndios; estacionamento público; e modalidades afins de jogos de fortuna e azar; gestão florestal e áreas protegidas; praias marítimas, fluviais e lacustres.

Contudo, ainda que o rol de competências seja por demais extenso, cabe destacar que a concretização da Lei n.º 50/2018 foi condicionada à posterior aprovação de diplomas setoriais relativos a cada uma dessas áreas que detêm novas competências e, principalmente, diante de alterações necessárias à Lei das finanças locais.

## **O Pacote de Diplomas Setoriais da Descentralização de Competências e a Alteração da Lei das Finanças Locais**

A aprovação do pacote de “diplomas setoriais” que concretiza a transferência de algumas das competências para as Autarquias Locais e para as Entidades Intermunicipais, segundo previsão da Lei-Quadro da Descentralização, Lei n.º 50/2018, iniciou-se no final do ano de 2018. Entretanto, a promulgação, pelo Presidente da República, do pacote de diplomas setoriais com a transferência das competências no âmbito da saúde e da educação diretamente aos municípios somente ocorreu no dia 17 de janeiro de 2019,

(...) o Presidente da República promulgou também os seguintes diplomas: Diploma que concretiza o quadro de transferência de competências para os órgãos municipais e para as entidades intermunicipais no domínio da saúde; (...). (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA PORTUGUESA, 2018).

Ressalta-se que o decreto-lei que regula a descentralização na área de Ação Social ainda não teve a sua devida aprovação até meados do ano de 2020.

Relativamente à necessária alteração da Lei das finanças locais, consta a sua realização através da promulgação da Lei n.º 51/2018, Diário da Repú-

blica n.º 157/2018, Série I de 16 de agosto de 2018, conforme anteriormente indicada pela Lei n.º 73/2013. Desse modo, a lei Lei n.º 51/2018 constou como a sétima alteração à Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro, que prevê o regime financeiro das autarquias locais e das entidades intermunicipais, a possibilitar a transferência de competências conforme prevista na Lei-Quadro da Descentralização, Lei n.º 50/2018, perante a imprescindível ótica financeira.

A descentralização administrativa de Portugal revela um caráter gradual, em que determinou-se que as autarquias e entidades intermunicipais deveriam comunicar até 30 de junho de 2019 que não pretendem a transferência das competências em 2020. Após essa data, todas as competências previstas na lei obrigatoriamente “consideram-se transferidas até 01 de janeiro de 2021” (ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, 2020). Entretanto, observa-se que até outubro de 2019, apenas 29 municípios lusitanos teriam aceitado a transferência de competências no domínio da saúde, ou seja, menos de 10% do total de municípios em Portugal. Atualmente, em decorrência da Organização Mundial da Saúde (OMS) ter declarado no dia 11 de março do ano de 2020 a incidência da pandemia de coronavírus, esse cenário obrigatório de transferência de competências e descentralização administrativa evidencia um maior descompasso. Porém, a transferência das competências nas áreas da Educação e Saúde, bem como da Ação Social, já não serão transferidas para as autarquias em 2021, mas em 2022.

Independentemente, não há possibilidade de rejeição ou descumprimento do conteúdo enunciado pela Lei n.º 50/2018 por parte de qualquer autarquia local, sendo assim, obrigatório, ainda que qualquer autarquia local não apresente as condições necessárias para assumir uma nova competência e possa resultar em prejuízo direto ao indivíduo com a decadência do seu completo bem-estar físico, mental e social.

## **A Atuação da Administração Pública em Consonância com os Princípios Éticos e Jurídicos e o Processo de Descentralização Administrativa do Estado Português**

Perante o advento da Lei n.º 50/2018 e integralidade do processo de descentralização do Estado Português, compreende-se que preservar as conquistas tão amplamente notórias da história portuguesa através de novos diplomas legais, principalmente no contexto do direito à saúde, incita decisões políticas e administrativas coerentes, uma avaliação prévia multidisciplinar e, principalmente, uma constante ponderação técnica e financeira para então propiciar a devida vigência dessas novas normas positivadas, uma vez que, “[...] a “defesa de privilégios e conquistas sociais” por agentes que não dominem a variável econômica [...] corre o risco de se transmutar num sistema social que compromete justiça, igualdade, soberanias e gerações futuras (TAVARES, 2011. p. 113.).

Conforme especifica BARBOSA DE MELO (1985, p. 60. apud Moniz)

“recai sobre o Estado a tarefa específica de harmonizar com justiça os diversos interesses sectoriais em jogo na sociedade civil”, e tais atos devem resplandecer “fidelidade e obediência aos princípios éticos e jurídicos aplicáveis na matéria específica”.

A Constituição portuguesa estabelece em seu artigo n.º 266, n.º 1, que a Administração Pública visa a prossecução do interesse público, “no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”, desse modo, os direitos dos cidadãos constituem um elemento ou fator de condicionamento da ação da Administração Pública, seja em relação aos direitos, liberdades ou garantias, conforme artigo 18.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, em consonância com as palavras de CANOTILHO (1999, p. 393), “(...) sem deixar de acentuar o imediato relevo que esta concepção reveste no contexto da concretização de políticas públicas, a doutrina norte-americana chega a encará-la sob a óptica da Administração como defensora da Constituição.”

Compreende-se que a Administração Pública é, ou deveria ser, condicionada pelo “mínimo ético”, conforme pensamento de Georg JELLINEK (MELO apud MONIZ, 2013, p. 35), que seria constituído por princípios irrevogáveis, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que seria o “radical ético do direito” (MELO apud MONIZ, 2013, p. 40), consubstanciado por uma gama de “valores que se impõe a qualquer forma de organização” (MELO apud MONIZ, 2013, p. 40).

Segue notório que “sob a égide da ideia de *good governance*”, as finalidades últimas da afirmação desta infraestrutura ética do serviço público consiste em “revitalizar a integralidade da Administração Pública”, motivo pelo qual diante de todo o rol legislativo acerca da descentralização administrativa apresentada, torna-se salutar compreender que, teoricamente, esse pode ser visto como um projeto audaz mas igualmente benéfico ao Estado Português se respeitar as possíveis futuras dificuldades e puder conciliar a data sem que o seja de modo imposto.

Ainda nesses termos, ressalta-se que em nenhum momento o cumprimento da descentralização administrativa deverá prevalecer perante a concretização dos direitos fundamentais previstos, mas, em sentido oposto, deverá permanecer em consonância e harmonia com esses quando não sendo imposta de modo imperativa em determinada data limite, mas gradativamente e em respeito às peculiaridades e dificuldades de cada autarquia local.

Conforme entendimento de CANOTILHO (1999, p. 09), “O princípio básico do Estado de Direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a conseqüente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes”, afinal, “Estado de direito é um Estado ou forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo direito” e em que a segurança jurídica do cidadão se torna mais evidente, em termos de direitos individuais.

E perante essa perspectiva, questiona-se o processo de descentralização

do Estado Português e aplicação obrigatória da Lei n.º 50/2018 em face da transferência de variadas e múltiplas novas competências às autarquias locais, e, por um período de transição tão infimo até a data imposta como limite pela lei. Pois, diante de uma ineficiente previsão técnica e orçamentária, que não se adequa corretamente à realidade fática de cada autarquia local, um dos resultados a serem evidenciados nesse processo de descentralização poderá ser o da decadência dos direitos fundamentais de cada indivíduo em Portugal.

## Conclusão

O Direito fundamental social à saúde é diariamente efetivado através da atuação da Administração Pública, seja através de políticas públicas ou ainda por meio da expedição de regras e normas administrativas, e quando essa ainda atua em consonância com o denominado “ideal ético”, torna-se a maior defensora da Constituição.

O advento da Lei n.º 50/2018, e demais previsões legislativas correlatas, afirmam a reforma administrada e a descentralização do Estado Português, ora influenciada pelo período de recente crise vivenciada por Portugal na última década. Apresenta objetivos possíveis para a viabilização de uma maior proximidade entre a Administração Pública e os cidadãos através da atuação por meio de autarquias locais que estariam mais próximas aos cidadãos.

Contudo, como qualquer mudança estatal nessa dimensão, observa-se que essa também estará à mercê de gerar sérios riscos para a população se esses objetivos não forem efetuados com a devida análise prévia, estudo aprofundado, constante fiscalização, acompanhamento técnico, e alternativas eficazes diante de possíveis imprevistos maléficis e desestabilizadores, principalmente no âmbito financeiro.

Observou-se nesse cenário português que os direitos de liberdade representaram uma relevante demanda histórica no período da consolidação da assembleia constituinte da Constituição da República Portuguesa, pós-regime fascista e revolucionário, a influenciar a presente dicotomia entre os direitos elencados no TÍTULO II - (Direitos, liberdades e garantias), e os do TÍTULO III (Direitos e deveres económicos, sociais e culturais), em que a concessão de um “regime jurídico-constitucional de protecção privilegiada” foi conferida somente ao rol de direitos do TÍTULO II e análogos. Dado o exposto, o direito à saúde na constituição portuguesa, entretanto, integrante do rol dos direitos do TÍTULO III, não poderá ser objeto de uma demanda judicial em caso de urgência.

Por todos esses aspectos, o cenário da reforma administrada de Portugal requer uma notável e maior atenção quanto ao necessário repasse financeiro prévio à transferência de todas as competências primordiais às autarquias locais e às entidades intermunicipais, especialmente em relação às competências no âmbito do direito fundamental social à saúde.

Compreende-se que colocar em risco a atuação administrativa e estabi-

lidade econômica desses para que realizem uma quantidade elevada de novas obrigações e metas advindas de uma transferência de competências impostas por lei e perante um modo acelerado e impulsivo, poderá resultar em inaceitável risco à preservação da saúde e vida dos indivíduos. E, principalmente em situações emergenciais de saúde, visto que tanto a Judicialização da Saúde como o Ativismo Judicial não podem ser observados no meio jurídico lusitano como o são no âmbito jurídico brasileiro.

## Referências

ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. **Lei n.º 50/2018 do Diário da República n.º 157/2018**, Série I de 2018-08-16. Disponível em: <<https://data.dre.pt/eli/lei/50/2018/08/16/p/dre/pt/html>>. Acesso em: 04 abr. 2020.

CAMARGO, Mariane Silva. **O Acesso à Justiça para a concretização do direito fundamental social à saúde e o Ativismo Judicial**. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora. 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. **Cadernos Democráticos**. 1ª ed. Lisboa: Gradiva, 1999.

CORREIA, Fernando Alves. Os Memorandos de Entendimento entre Portugal, o Fundo Monetário Internacional, a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu e a Reforma do Poder Local. In: ANDRADE, José Carlos Vieira; SILVA, Suzana Tavares da. **“As Reformas do Sector Público (Perspectiva Ibérica no Contexto Pós-Crise)”**, (Coords.). Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

DEODATO, Sérgio. **Direito da saúde: colectânea de legislação anotada**. Coimbra: Almedina, 2012.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas**. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

LOUREIRO, João Carlos. Direito à (proteção da) saúde. In: **Revista da Defensoria Pública**. Ano 1. N.º. 1. jul./dez. 2008.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais. In: MIRANDA Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. (Coords.) **Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana**. São Paulo. Editora Quartier Latin, 2008.

MELO, BARBOSA DE. apud MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Direito, Ética e Estado: Brevíssimas Reflexões em Diálogo com Barbosa de Melo, in: **Estudos em**



**Homenagem a António Barbosa de Melo**, Almedina, Coimbra, 2013.

NEVES, Castanheira. **A Revolução e o direito**. Coimbra: Editora Coimbra. 1976.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais - Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

PORTAL DA SAÚDE. **História do Serviço Nacional de Saúde**. Disponível em: <<http://www.portaldasaude.pt/portal/conteudos/a+saude+em+portugal/servico+nacional+de+saude/historia+do+sns/historiadosns.htm>>. Acesso em: 22 de novembro de 2018.

PORTUGAL. **Serviço Nacional de Saúde - Lei n.º 56/79**. Diário da República n.º 214/1979, Série I de 1979-09-15. Disponível em: <[https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/75088180/202002241329/diploma?p\\_p\\_state=maximized&did=75079849&rp=indice](https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/75088180/202002241329/diploma?p_p_state=maximized&did=75079849&rp=indice)>. Acesso em: 18 de janeiro de 2018.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA PORTUGUESA. **Presidente da República promulga diplomas do Governo**. Disponível em: <<http://www.presidencia.pt/?idc=10&idi=159160>>. Acesso em: 18 de janeiro de 2018.

SARLET e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, n. 24, Porto Alegre, 2008.

TAVARES DA SILVA, Suzana. **Direitos fundamentais na arena global**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

# A CRISE DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS: UMA ANÁLISE DO PODER PÚBLICO BRASILEIRO

Miguel Henriques Duarte Vieira

Graduando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

## Resumo:

A efetivação dos direitos fundamentais ganhou força, no século XX, com o advento do Estado de bem-estar social, welfare state, no qual se relaciona com a noção de Estado intervencionista e assistencialista, cujo objetivo é a atuação do Poder Público em prestar assistência à população. Ocorre que, com o surgimento do neoliberalismo, os Governos se dispunham cada vez menos a fomentar as políticas públicas, de modo que se notou o surgimento de uma crise na efetivação dos direitos sociais. No Brasil, a pandemia do Coronavírus, vivenciada em 2020, ameaça agravar ainda mais essa crise, uma vez que o Governo, utiliza o princípio da Reserva do Possível, como argumento para se eximir da prestação dos serviços públicos, sob a justificativa de escassez dos recursos financeiros. Porém, deve-se dizer que tal princípio encontra limite do Mínimo Existencial, conforme jurisprudência do STF, de forma que o Estado deve garantir o cumprimento de, pelo menos, o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais; Efetividade; Reserva do Possível; Mínimo Existencial; Coronavírus.

## A Efetividade dos Direitos Fundamentais

A ocorrência e a evolução dos direitos fundamentais estão interligadas com o surgimento do Estado Constitucional<sup>1</sup>, de modo que é possível afirmar que o constitucionalismo e os direitos fundamentais possuem uma relação direta. Diante disso, inicialmente, se propõe um breve estudo acerca do constitucionalismo e dos direitos fundamentais, de modo a analisar a constitucionalização e efetivação desses direitos. Os direitos fundamentais foram sendo garantidos de maneira gradual na sociedade, de forma que a doutrina

1 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13<sup>o</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 36.

propõe a sua divisão em dimensões ou gerações de direitos.

Atualmente, o entendimento é de que existem seis dimensões de direitos fundamentais. A seguir será abordado, de forma breve, as três primeiras dimensões. Neste sentido, a primeira dimensão desses direitos estabeleceu as chamadas liberdades negativas, que seriam a noção de imposição de um dever de não-intervenção do Estado sobre o indivíduo<sup>2</sup>, com por exemplo o pensamento individual e o direito à propriedade. Já os direitos de segunda dimensão, também conhecidos como direitos sociais, estes estariam relacionados com um dever de prestação positiva do Estado<sup>3</sup>, isto é, demandam uma atuação mais participativa do Poder Público para a concretização desses direitos, pode-se citar como exemplo a liberdade de sindicalização.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais é conhecida como direitos de fraternidade e solidariedade, e está associada com a proteção da coletividade<sup>4</sup>, tem-se como exemplos dessa dimensão o direito à paz e ao meio ambiente. Diante deste panorama, é possível observar que a Revolução Francesa teve como o lema o núcleo das três primeiras dimensões dos direitos fundamentais, isto é, liberdade, igualdade e fraternidade. Essa revolução teve relação direta com o surgimento da Constituição Francesa de 1791, esta por sua vez foi a segunda constituição escrita do mundo, vindo logo em seguida da Constituição Americana de 1787.

Do ponto de vista do constitucionalismo, deve-se dizer que este surge, inicialmente, como um mecanismo de separação dos poderes e de restrição do poder do Estado. Sob esta ótica, Luís Roberto Barroso ensina que “o núcleo essencial das primeiras constituições escritas é composto por normas de repartição e limitação do poder, aí abrangida a proteção dos direitos individuais em face do Estado”<sup>5</sup>. Diante disso, nota-se que as primeiras constituições tinham como escopo a limitação do poder do Estado ou liberdades negativas, isto é, tinham como núcleo os direitos de primeira dimensão.

Já no constitucionalismo contemporâneo, as normas constitucionais não apenas estabelecem limitações ao poder do Estado e direitos individuais, mas impõem ao Estado o dever de efetivar os direitos fundamentais. Segundo Barroso, esta determinação é conhecida como Constituição dirigente ou dirigismo constitucional, no qual possuem “a pretensão de impor ao legislador e ao administrador certos deveres de atuação positiva com a consequente redução do campo reservado à deliberação política majoritária”<sup>6</sup>. Portanto, percebe-se que no constitucionalismo contemporâneo, as normas estariam mais associadas com os direitos de segunda dimensão.

Ainda acerca dessa noção de dirigismo constitucional, Manoel Gonçal-

2 Ibidem, p. 47.

3 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional - 15ª ed. Saraiva, 2020, p. 197.

4 p. 48, SARLET, op. Cit.

5 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p.57.

6 Ibidem, p.102.

ves Ferreira Filho afirma que esse modelo de constituição se caracteriza pela presença de normas pragmáticas<sup>7</sup>, ou seja, são normas que estabelecem metas, com o objetivo de exigir uma atuação do Poder Público para que haja a sua concretização. A Constituição Brasileira de 1988, seria um exemplo de constituição dirigente, pode-se notar essas normas pragmáticas nos direitos sociais previstos no art. 6º da CRFB, uma vez que ao estabelecer, por exemplo, o direito à educação a toda a população, se pressupõe um esforço do Poder Público para a efetivação desse direito, como a construção de escolas e universidades.

Ademais, ainda a respeito da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, deve-se dizer os direitos fundamentais possuem um notório prestígio nesta carta magna, isto é, esses direitos estão previstos em vários artigos da constituição, além de existirem mecanismo de efetivação e proteção para eles. O art. 5º, da CRFB, é um exemplo dessa notoriedade dos direitos fundamentais, uma vez que estabelece 78 incisos desses direitos aos cidadãos. Outro exemplo, está no parágrafo único, do art. 5º da Constituição, no qual estabelece que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata<sup>8</sup>, isto é, as normas são imediatamente aplicáveis na sociedade, estão aptas a produzir os seus efeitos.

Com relação a essa efetividade dos direitos fundamentais, cabe, ainda, dizer que para que haja a concretização das normas pragmáticas prevista na carta magna deve haver uma atuação do Poder Público, neste contexto, Uadi Lammêgo Bulos afirma que: "aqui o sujeito passivo que arcará com a obrigação de satisfazer o direito do particular é o próprio Estado"<sup>9</sup>. Neste sentido, o autor em questão, ainda ensina que essa relação é denominada de eficácia vertical dos direitos fundamentais, no qual o sujeito passivo, que é o agente concretizado, é o Poder Público e o sujeito ativo, o destinatário da prestação, é o titular desses direitos<sup>10</sup>.

Essa noção de Estado Social, intervencionista, no qual é conferido um dever de atuação do Poder Público para prestar assistência à população, teve início no século XX, no período pós primeira guerra mundial, no qual tem-se a denominação de Estado de bem-estar social ou *welfare state*. Entretanto, atualmente nota-se um avanço do neoliberalismo em face desse modelo. A respeito dessa temática, Barroso ensina que:

Esse estado da busca do bem-estar social, o *welfare state*, chegou ao final do século amplamente questionado na sua eficiência, tanto para gerar e distribuir riquezas como para prestar serviços públicos.

7 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 38.

8 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: outubro de 2020.

9 BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 540.

10 BULOS, Loc. Cit.

A partir do início da década de 80, em diversos países ocidentais, o discurso passou a ser o da volta ao modelo liberal, o Estado mínimo, o neoliberalismo. Dentre seus dogmas, que com maior ou menor intensidade correram mundo, estão a desestatização e desregulamentação da economia, a redução das proteções sociais ao trabalho, a abertura de mercado e a inserção internacional dos países, sobretudo através do comércio. O neoliberalismo pretende ser a ideologia da pós-modernidade, um contra-ataque do privatismo em busca do espaço perdido pela expansão do papel do Estado<sup>11</sup>.

Em decorrência dessa sobreposição do liberalismo, pode-se notar uma crise de efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo, no contexto brasileiro. O avanço do liberalismo no país iniciou-se na década de 90 com o programa de desestatização e abertura da economia, cujo objetivo era diminuir o tamanho do Estado, no sentido de que o Poder Público deve intervir o mínimo na sociedade, modo que a implementação de políticas públicas não é uma prioridade. Além disso, outro fator que contribuiu para essa crise de efetivação dos direitos fundamentais é a carência de recursos financeiros por parte do Estado, uma vez que, a implementação de políticas públicas com o intuito de efetivar esses direitos geram custos, que nem sempre o erário público é capaz de suportar.

Essa noção de Estado com impossibilidade de efetivação de políticas públicas em decorrência da escassez de recursos públicos, originou na Alemanha, em uma decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, o chamado Princípio da Reserva do Possível, no qual, segundo Gilmar Mendes, firmou o entendimento no sentido de que “pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à reserva do possível, enquanto elemento externo à estrutura dos direitos fundamentais”<sup>12</sup>. Desse modo, esta tese implica em uma possibilidade de escusa por parte do Poder Público na efetivação dos direitos fundamentais.

Porém, em contraponto a esta tese, surgiu o Princípio do Mínimo Existencial, que, nas palavras de Bulos, seria “condições materiais mínimas de existência[...], que encontra na reserva do possível sua concretização e alcance”<sup>13</sup>. Em outras palavras, seria uma imposição ao princípio da reserva do possível, em determinar que o Poder Público deve garantir, ao menos, condições mínimas de dignidade a população. O intuito de tal regra é preservar o núcleo dos direitos fundamentais, de forma que eles não possam ser esvaziados de forma total.

Diante do exposto, observando a atual conjuntura do Brasil, nota-se que os entes federativos buscam cada vez mais se respaldar nesse princípio da Re-

11 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p.82.

12 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional - 15ª ed. Saraiva, 2020, p. 1073

13 BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 378.

serva do Possível, sob a justificativa de falta de recursos financeiros, para se eximir da prestação dos serviços públicos, sobretudo no que tange a efetivação dos direitos fundamentais.

## A Pandemia do Coronavírus (COVID-19)

Em dezembro de 2019, na cidade Wuhan na China, notou-se o surgimento de um novo vírus, denominado de Coronavírus ou Covid-19. Segundo o Ministério da Saúde do Brasil, o vírus é responsável por causar infecções respiratórias em humanos e animais, se assemelhando bastante com um resfriado comum<sup>14</sup>. Entretanto, logo constatou-se que se trataria de um vírus altamente contagioso e que devido a isso, atravessou rapidamente as fronteiras do país asiático, o que levou a Organização Mundial das Nações Unidas a classificar a doença como pandemia no dia 11 de março de 2020<sup>15</sup>.

Sob esta ótica, agravou-se a isso o fato de que o vírus pode ser assintomático ou oligossintomático (poucos sintomas)<sup>16</sup> fazendo com que as pessoas não suspeitem de início que estão infectadas com a doença, e resistam as medidas de prevenção, o que contribuiu para uma maior proliferação do Covid-19. Além disso, por se tratar de um vírus que acomete o sistema respiratório, também foi verificado que ele representava risco para algumas pessoas que tinham certos problemas de saúde, sendo necessário para essas pessoas classificadas nesse “Grupo de Risco”<sup>17</sup> uma maior precaução.

Diante deste cenário pandêmico, no qual não existe vacina ou tratamento preventivo para o enfrentamento da doença, os governos mundiais se viram obrigados a estabelecer medidas para conter a disseminação do vírus e reduzir os eventuais danos à sociedade. Neste sentido, uma das ações mais famosas no mundo foi o conceito do isolamento social, também chamado de quarentena, que se trata de uma forma de desestimular a população a sair de suas casas por meio de medidas restritivas a circulação de pessoas.

Outra medida imposta por muitos países, a exemplo de França e Brasil, foi o *Lockdown*, sendo esta uma ação mais rígida do que a quarentena, uma vez que determina uma paralisação total de todas as atividades consideradas não essenciais, de modo que apenas o que seriam atividades essenciais, como por exemplo os hospitais, poderiam funcionar. Tal ação também implica em

14 BRASIL. Ministério da Saúde. Sobre a Doença. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>>. Brasília, 2020. Acesso em: outubro de 2020.

15 BRASIL. Governo do Brasil. OMS classifica coronavírus como pandemia. Brasília, 11 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/03/oms-classifica-coronavirus-como-pandemia#:~:text=A%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da%20Sa%C3%BAde,foram%20infectadas%20em%2014%20pa%C3%ADses>>. Acesso em: outubro de 2020.

16 Ministério da Saúde, Op. Cit.

17 RIVM. National Institute For Public Health and Environment. Risk of groups and COVID-19. Ministry of Health, Welfare and Sport of Nerderland, 11 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.rivm.nl/en/novel-coronavirus-covid-19/risk-groups>>. Acesso em: outubro de 2020.

fechamento de estradas e acesso à locais públicos, como praias e parques.

## O Poder Público Brasileiro no enfrentamento à Pandemia

O primeiro caso de Coronavírus no Brasil, foi confirmado pelo Ministério da Saúde no dia 26 de fevereiro<sup>18</sup>, e após este período centenas de pessoas vieram a ter suspeita da doença em todo o país. Diante deste fato, o Governo Brasileiro estabeleceu algumas medidas para o enfrentamento da pandemia, de forma que a maioria das medidas tinha como objetivo desestimular a aglomeração da população em locais fechados.

Neste sentido, observou-se, por exemplo, o fechamento de shoppings bares, restaurantes, teatros, cancelamentos de voos e shows. De início percebe-se que há um cerceamento a alguns direitos fundamentais, como por exemplo o direito de livre locomoção e o direito de reunião, sob a justificativa de prezar um bem coletivo, isto é, a saúde pública. De início, é importante dizer que tais colisões são comuns de acontecerem, e no ordenamento jurídico é possível que haja restrições aos direitos fundamentais, pois não há direito fundamental absoluto, com exceção da vedação a escravidão e tortura<sup>19</sup>.

Ainda com relação as restrições impostas pelo Poder Público, houve também o cancelamento de aulas presenciais em todos os níveis de ensino. Diante disso, para tentar dar sequência ao ano letivo, tal fato também obrigou as redes de ensino a migrarem o ensino presencial para o sistema de Ensino à Distância (EAD), que consiste em apresentar as aulas pela internet por meio de plataformas de vídeo. Ocorre que, nem todas os estudantes podem usufruir do sistema EAD, uma vez que nem todas as pessoas possuem acesso à internet no país.

Neste sentido, segundo pesquisa realizada pelo IBGE em 2018<sup>20</sup>, aproximadamente 1 em cada 5 brasileiros não possuem acesso à internet, e na zona rural este problema aumenta para 1 a cada 2 brasileiros, ou seja 50% da população do campo não tem acesso a esse recurso que é de suma importância para a inclusão na nova modalidade de ensino. Outro ponto problemático

18 BRASIL. Ministério da Saúde. Brasil confirma primeiro caso da doença, 2020. Disponível: <<https://www.gov.br/saude/ptbr#:~:text=O%20Minist%C3%A9rio%20da%20Sa%C3%BAde%20confirmou,para%20It%C3%A1lia%2C%20regi%C3%A3o%20da%20Lombardia>>. Acesso em: outubro de 2020.

19 Tal limite decorre da Declaração Universal de Direitos Humanos, no qual o Brasil é signatário, de modo que deve obedecer ao tratado em sua integralidade. Neste sentido, pode-se observar tais disposições no art. 4º e 5º da DUDH: “Ninguém será mantido em escravidão ou servidão” e “Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. Disponível em: ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em 03 de julho de 2020. Acesso em: outubro de 2020.

20 IBGE Educa. Domicílios em que havia utilização da internet, por situação do domicílio (%). Disponível em: <[https://educa.ibge.gov.br/images/educa/jovens/TIC2018/jovens\\_educacao\\_consumo\\_de\\_internet\\_jovens\\_domicilios\\_com\\_internet\\_local\\_barras.png](https://educa.ibge.gov.br/images/educa/jovens/TIC2018/jovens_educacao_consumo_de_internet_jovens_domicilios_com_internet_local_barras.png)>. Acesso em: outubro de 2020.

em relação à educação é que, em decorrência da pandemia, o Governo também adiou o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) para 2021<sup>21</sup>, o que provoca um atraso no ingresso dos alunos ao ensino superior, também soma-se a isso o fato de que nem todos os estudantes terão as mesmas oportunidades, uma vez que nem todos conseguirão ter acesso ao ensino EAD.

O resultado disso é que muitos brasileiros tiveram limitações ao direito social da educação. Além disso, é possível observar que a deficiente atuação do Estado na implementação de políticas públicas relacionadas ao acesso ao ensino, combinado com a atual crise de saúde, representa um risco a efetividade do direito à educação, previsto no art. 6º da Constituição brasileira. Ademais, outro aspecto que representa risco a efetivação dos direitos fundamentais, como por exemplo os direitos sociais da saúde e educação, é que em decorrência da pandemia do Coronavírus, houve o surgimento de uma nova crise econômica mundial, uma vez que o fechamento de estabelecimentos e a paralisação de trabalhos provocou uma queda no PIB do país<sup>22</sup>.

O direito social à saúde também foi outro muito afetado durante o cenário de pandemia atual. É notório que esse direito social foi o mais requisitado durante este período, porém a pandemia evidenciou todas as carências da saúde pública do Brasil, como por exemplo hospitais lotados e carência de infraestrutura em cidades menores, de modo que se percebeu que há necessidade de uma priorização nesse setor. Diante deste panorama, o Poder Público se justifica com base na Reserva do Possível, afirmando que não há recursos financeiros para destinar a todas as necessidades à população, uma vez que são ilimitadas.

Porém, deve-se lembrar que apesar da crise financeira que assola o Brasil e o mundo, o Estado não pode se eximir por completo, a ponto de não garantir o núcleo mínimo dos direitos fundamentais, no sentido da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, deve-se dizer que há posicionamento majoritário no STF, no sentido de entender positivamente acerca do Mínimo Existencial. Pode-se citar como exemplo, a decisão do Ministro Celso de Mello no julgamento do AI nº 452312:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput” e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito in-

21 LEAL, Mariana. Enem: adiado por causa da pandemia, exame será realizado em janeiro. BBC, 20 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52748042>>. Acesso em: outubro de 2020.

22 MENDONÇA, Heloísa. PIB tem queda histórica de 9,7% no segundo trimestre e pandemia arrasta o Brasil para recessão, 1 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/economia/2020-09-01/pib-tem-queda-historica-de-97-no-segundo-trimestre-e-pandemia-arrasta-o-brasil-para-recessao.html>>. Acesso em: outubro de 2020.



declinável à vida e à saúde humanas. (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO)<sup>23</sup>.

Desse modo, tendo em vista a jurisprudência do STF acerca do tema, percebe-se que apesar de ser possível o Estado evocar o princípio da Reserva do Possível no contexto de crise financeira, o Poder Público não pode se eximir de prestar ao menos núcleo essencial dos direitos fundamentais, uma vez que desrespeitaria o princípio do Mínimo Existencial.

## Considerações Finais

Com o avanço do modelo econômico neoliberal em face do Estado de bem-estar social, foi possível observar uma crise na efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que neste cenário o Poder Público tende a diminuir a sua atuação nas políticas públicas para a sociedade. No Brasil, a pandemia do Coronavírus, vivenciada em 2020, pretende agravar ainda mais essa crise de efetividade, uma vez que o Governo justifica a falta de investimento em serviços públicos em razão da crise econômica ocasionada pelo surgimento do vírus.

Neste sentido, o presente trabalho analisou essa crise de efetividade dos direitos fundamentais sob a perspectiva da atuação do Governo brasileiro durante a pandemia. Desse modo, constatou-se que os direitos sociais da educação e da saúde foram os mais atingidos. No caso da educação há um problema de infraestrutura relacionado ao acesso à internet de modo que nem todos os estudantes brasileiros conseguem ter acesso ao sistema EAD, sobretudo no que se refere aos moradores da zona rural, pois, conforme pesquisa do IBGE de 2018, constatou-se que apenas 1 em 2 moradores possuem acesso à internet nessas localidades.

Já no caso da saúde, a pandemia evidenciou problemas antigos relacionados à precarização do sistema público de saúde brasileiro, como por exemplo a falta de infraestrutura nos hospitais, seja por superlotação dos leitos ou carência de equipamentos adequados para lidar com os sintomas do vírus. Logo, percebe-se que o direito mais essencial a ser utilizado durante a pandemia, e que deveria demandar uma atuação maior do Poder Público, isto é, a saúde, foi também o mais afetado durante este período, e evidenciou a necessidade de maior esforço do Estado para que haja a sua plena efetivação no país.

Portanto, é possível observar que o Governo brasileiro busca se eximir de suas obrigações frente a sociedade, no sentido de implementar políticas públicas com o objetivo de efetivar os direitos fundamentais, sob o fundamento do princípio da Reserva do Possível, no sentido de que não há recur-

<sup>23</sup> BRASIL. STF garante fornecimento de aparelhos e medicamentos a paciente com paralisia cerebral. Supremo Tribunal Federal, 4 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62859>>. Acesso em: outubro de 2020.

tos financeiros suficientes para satisfazer todas as necessidades da população. Porém, é importante ressaltar que tal princípio encontra limite no conteúdo do Mínimo Existencial, conforme observado na jurisprudência do STF (AI 452312), ou seja, o Poder Público não pode se eximir a ponto de haver o esvaziamento do núcleo dos direitos fundamentais.

Diante do exposto, conclui-se que, no cenário da crise de efetividade dos direitos fundamentais, o princípio do Mínimo Existencial atua como um limitador ao princípio da Reserva do Possível, no sentido de que o Poder Público deve garantir condições mínimas de dignidade para a população, de forma que ele não pode se eximir por completo da obrigação de efetivar os direitos fundamentais em decorrência da limitação orçamentária.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

BRASIL. **STF garante fornecimento de aparelhos e medicamentos a paciente com paralisia cerebral**. Supremo Tribunal Federal, 4 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62859>>. Acesso em: outubro de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: outubro de 2020.

BRASIL. Governo do Brasil. **OMS classifica coronavírus como pandemia**. Brasília, 11 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/03/oms-classifica-coronavirus-como-pandemia#:~:text=A%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da%20Sa%C3%BAde,foram%20infectadas%20em%20114%20pa%C3%ADses>>. Acesso em: outubro de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Brasil confirma primeiro caso da doença**, 2020. Disponível: <<https://www.gov.br/saude/pt-br#:~:text=O%20Minist%C3%A9rio%20da%20Sa%C3%BAde%20confirmou,para%20It%C3%A1lia%2C%20regi%C3%A3o%20da%20Lombardia>>. Acesso em: outubro de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Sobre a Doença**. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>>. Brasília, 2020. Acesso em: outubro de 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 13<sup>o</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

IBGE Educa. **Domicílios em que havia utilização da internet, por situação do**

**domicílio** (%). Disponível em: <[https://educa.ibge.gov.br/images/educa/jovens/TIC2018/jovens\\_educacao\\_consumo\\_de\\_internet\\_jovens\\_domicilios\\_com\\_internet\\_local\\_barras.png](https://educa.ibge.gov.br/images/educa/jovens/TIC2018/jovens_educacao_consumo_de_internet_jovens_domicilios_com_internet_local_barras.png)>. Acesso em: outubro de 2020.

LEAL, Mariana. **Enem: adiado por causa da pandemia, exame será realizado em janeiro**. BBC, 20 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52748042>>. Acesso em: outubro de 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. Saraiva, 2020.

MENDONÇA, Heloísa. **PIB tem queda histórica de 9,7% no segundo trimestre e pandemia arrasta o Brasil para recessão**, 1 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/economia/2020-09-01/pib-tem-queda-historica-de-97-no-segundo-trimestre-e-pandemia-arrasta-o-brasil-para-recessao.html>>. Acesso em: outubro de 2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em outubro de 2020.

RIVM - National Institute For Public Health and Environment. **Risk of groups and COVID-19**. Ministry of Health, Welfare and Sport of Netherlands, 11 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.rivm.nl/en/novel-coronavirus-covid-19/risk-groups>>. Acesso em: outubro de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

# O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO À VIDA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**Vinícius Henrique de Oliveira Borges**

Aluno Bolsista (Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica - Reitoria)  
em Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” Unesp - Campus  
Franca. Graduando

## **Resumo:**

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República positivados na Constituição Federal de 1988. Sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal é muitas vezes feita por intermédio de um direito fundamental, como se verificou em pesquisa prévia. Dessa forma um dos métodos de se verificar o conteúdo da dignidade humana é verificar o conteúdo compreendido a ela para a aplicação de um direito fundamental. Dentre os direitos fundamentais o direito à vida se destacou como objeto mais viável desta pesquisa, pois tem caráter apriorístico e seu conteúdo é preenchido pela dignidade humana. Dentre as dimensões que o direito à vida toma na atualidade pretende-se pesquisar sua dimensão negativo-individual. De cada acórdão selecionado será extraído um verbete que represente o conteúdo da dignidade humana ali compreendido. Da comparação dos verbetes pretende-se extrair uma evolução interpretativa do direito à vida, e consecutivamente um conteúdo atual da dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Dignidade da pessoa humana; Direito à vida; STF; Brasil; Direitos fundamentais.

## **Introdução**

O princípio da dignidade da pessoa humana transpassa as mais diferentes questões no ordenamento jurídico. Por um lado, é o fundamento de um sistema democrático de direitos fundamentais, por outro, é também postulado para a interpretação das disposições normativas (norma agendi) que os preveem e para a solução de colisões de Direitos quando disputam prevalência em casos concretos e, também, consiste em Direito Fundamental propriamente dito. Originalmente exsurge indiscutivelmente enquanto “valor” de

origem filosófica (Aristóteles, Picco Della Mirandola, Thomas Paine, Imanuel Kant, Jürrgen Habermas etc.). Em nossa República somente conquistou caráter normativo constitucional com a promulgação de 1988. Ao lhe positivar, o constituinte o enunciou como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III da CF).

Em relação à dignidade da pessoa humana desenvolveu-se pesquisa anterior que tinha por objeto a análise do conteúdo desse fundamento da República no Supremo Tribunal Federal. Verificou-se a partir da amostra colhida que a dignidade da pessoa humana na jurisprudência era aplicada predominantemente com o auxílio de outro direito fundamental.

Em suma, a pesquisa anterior resultou na compreensão de que a dignidade da pessoa humana faz parte do núcleo central dos direitos fundamentais. Contudo, resta caracterizar o conteúdo da dignidade presente em cada um dos núcleos dos direitos fundamentais. Pelo fato de os direitos fundamentais serem diferentes entre si, cada qual mereceria uma pesquisa própria. Dentre os direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, esta pesquisa optou pelo direito à vida, visto que se trata de uma “[...] pré-condição básica para o desfrute de qualquer outro direito” (BARROSO, 2016). O Ministro Barroso ainda afirma que “a dignidade humana preenche quase inteiramente o conteúdo do direito à vida[...].” (BARROSO, 2016). Dessa forma, não é só mais lógico que o primeiro direito fundamental a ser estudado seja o direito à vida, como também é uma fonte abundante para verificar a influência da dignidade da pessoa humana sobre um direito fundamental.

O direito à vida é um instituto amplo, o que poderia dificultar a pesquisa. Porém, a leitura da doutrina permite verificar que o direito à vida se divide em duas dimensões, uma individual-negativa, sendo a garantia de continuar existindo (TAVARES, 2018), e outra positiva-prestativa, isto é a garantia da subsistência, através das prestações de ordem social que o Estado se obriga perante o cidadão (TAVARES, 2018). Sem prejuízo para a verificação da dimensão social do direito à vida em outro momento, esta pesquisa tem o objetivo geral de verificar qual o conteúdo da dignidade da pessoa humana no núcleo fundamental do direito à vida, em sua dimensão individual-negativa. Dessa forma, dentre outros julgados que estarão na amostra, estudar-se-á a ADI 3.510 e a ADPF 54, que se referem respectivamente ao uso de células-tronco e ao aborto anencefálico.

Inicialmente se desenvolve uma fase teórica que objetiva revisar o estado da arte do direito à vida, da dignidade da pessoa humana e a relação entre os dois princípios. Para tal foi uma revisão bibliográfica que contenha dentre outras, as obras “Dignidade da pessoa Humana e Direitos Fundamentais” (SARLET, 2008), “Dignidade da pessoa humana: conteúdo trajetórias e metodologia” (SARMENTO, 2016) e o “Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana” (MIRANDA, 2009).

A pesquisa terá uma fase empírica que irá analisar qualitativamente uma amostra de acórdãos do Supremo Tribunal Federal, que relacionem o direito

à vida à dignidade da pessoa humana e terá como referencial metodológico a obra “Metodologia da pesquisa em Direito” (QUEIROZ, 2019). Dos acórdãos serão induzidos os núcleos fundamentais do direito à vida para conferir qual o conteúdo da dignidade da pessoa humana aí presente. Tem-se a hipótese de que a dignidade da pessoa humana alterou o direito à vida de forma gradual conforme o tempo. Por esse motivo, após a indução dos núcleos fundamentais do direito à vida em cada acórdão da amostra, será feita uma comparação expondo quais foram as alterações que a dignidade da pessoa humana empreendeu no direito à vida.

## **Objetivos e Hipóteses**

Tem-se a hipótese de que o conteúdo da dignidade da pessoa humana presente no direito à vida está contido na evolução interpretativa deste direito fundamental. Dessa forma esta pesquisa objetivou verificar qual o conteúdo da dignidade da pessoa humana presente no núcleo fundamental do direito à vida em seu aspecto individual. Além disso tem como objetivos específicos: I. verificar o conteúdo teórico da dignidade da pessoa humana; II. encontrar aspectos individuais do direito à vida, para serem utilizados como requisitos de recorte da amostragem; III. construir uma amostragem que represente os diferentes conteúdos do núcleo fundamental do direito à vida em seu aspecto individual na jurisprudência do STF; IV. verificar a evolução interpretativa do núcleo fundamental do direito à vida na vigência da Constituição Federal de 1988.

## **Desenvolvimento e Metodologia**

Foi feito em um primeiro momento um levantamento bibliográfico em plataformas científicas buscando produções que tratem do conteúdo da dignidade da pessoa humana, bem como sua relação com o direito à vida, no seu aspecto individual. Ato contínuo, o levantamento bibliográfico conta com as obras sobre o assunto de autoria de Daniel Sarmento, Ingo Sarlet, e o Tratado Luso-brasileiro de dignidade humana organizado Jorge Miranda. Com a revisão bibliográfica almeja-se determinar o conteúdo teórico da dignidade da pessoa humana e a sua relação com o direito à vida presente na doutrina. Esta fase tem como objetivos específicos verificar o conteúdo teórico da dignidade da pessoa humana; bem como encontrar aspectos individuais do direito à vida para serem utilizados como parâmetros do recorte da amostragem, como planejado a seguir.

Em seguida dá-se início à fase empírica da pesquisa construindo a amostra a ser analisada. Deve-se empreender recortes no universo jurisprudencial do STF que relaciona direito à vida e dignidade da pessoa humana, tornando a pesquisa factível, mas resguardando suficiência à análise. Fazem-se buscas no repositório jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal através das pa-

lavras-chave “dignidade da pessoa humana” e “direito à vida”, concomitantemente. Colhem-se os acórdãos que se adequem aos seguintes requisitos: a) forem julgados após 05/10/1988; b) tiverem sido julgados pelo tribunal pleno; c) tiverem natureza processual de julgamento definitivo de mérito.

O conjunto de acórdãos alcançado por esses requisitos passará por mais um recorte para o aperfeiçoamento final da amostra. Esse recorte tem como requisito d) ter o acórdão relação com o(s) aspecto(s) individuais do direito à vida encontrados na fase teórica da pesquisa. Serão lidos os acórdãos para encontrar os que acórdãos adequados ao requisito “d”, que agrupar-se-ão na amostra da pesquisa.

As palavras-chave se justificam porque a pesquisa não buscará somente a jurisprudência do direito à vida, mas a sua relação com a dignidade da pessoa humana. O requisito “a” corresponde ao recorte temporal, e por sua vez, se justifica por ser o período de vigência da Constituição Federal de 1988, que positivou juridicamente a dignidade da pessoa humana. Ainda, a opção pelo requisito “b”, julgamento pelo tribunal pleno, tem como justificativa a busca da jurisdição irrecorrível e definitiva sobre o tema, configurando o conteúdo jurisprudencial mais estável. Como se pode depreender, tal jurisdição se encontra no tribunal pleno do STF. O requisito “c” busca evitar o estudo de decisões meramente processuais e incidentais, como medidas cautelares ou agravos, que aparecem na busca por sua matéria principal estar relacionada ao tema. A jurisdição sobre direito à vida dessas decisões se dará em outra classe de processo que não o constante da busca, sendo desinteressante para esta pesquisa. Por fim, o requisito “d” se justifica por buscar na jurisprudência o tratamento da dimensão individual do direito à vida, excluindo o estudo dos processos que tratem da dimensão social da vida.

Uma busca prévia, utilizando os requisitos “a”, “b” e “c” e a leitura das ementas de 12 dos 46 acórdãos encontrados, permitiu notar que somente 4 desses 12 seriam adequados a esses requisitos. Hipoteticamente, a filtragem pelos requisitos do total de 46 já poderia reduzir o número de acórdãos da amostra a 11, sendo suficiente e factível.

Ato contínuo, passa-se à análise empírica-qualitativa da amostra alcançada preliminarmente. A análise consistirá na extração indutiva de dados que correspondam ao núcleo fundamental do direito presentes nos acórdãos, e a transcrição desses resultados em verbetes para cada acórdão, que representarão o conteúdo do núcleo fundamental do direito. Investiga-se a hipótese de que a dignidade da pessoa humana, a partir da Constituição Federal de 1988, empreendeu alteração no núcleo fundamental do direito à vida.

Para a verificação dessa hipótese será feita uma tabela com os verbetes obtidos do procedimento anterior. Os verbetes serão dispostos em ordem cronológica e, assim, o primeiro da tabela corresponderá ao acórdão com julgamento mais antigo, o segundo corresponde ao acórdão que foi julgado após o primeiro, mas antes que o terceiro, e assim por diante. Aquelas células da tabela que tenham o núcleo fundamental do direito à vida similares aos da

célula anterior serão desconsiderados. A desconsideração tem o intuito de trazer à luz somente as alterações, evitando repetições que dificultem a análise. A disposição cronológica pressupõe a hipótese de que a influência dignidade da pessoa humana sobre o direito à vida foi alterado conforme o tempo, fato que será verificado. Esta etapa tem como objetivo específico verificar a evolução interpretativa do núcleo fundamental do direito à vida na vigência da Constituição Federal de 1988. Permanecerão na tabela somente as células diferentes entre si, estabelecendo uma linha evolutiva do direito à vida, que será uma última vez analisada. Esta etapa tem como objetivo específico verificar a evolução interpretativa do núcleo fundamental do direito à vida na vigência da Constituição Federal de 1988.

A análise final será feita pela comparação dos verbetes, de forma a comparar os diferentes núcleos fundamentais do direito à vida. Comparar-se-á a diferença entre os verbetes, do primeiro ao último sob a ótica da dignidade da pessoa humana, identificando se as alterações no núcleo fundamental são o conteúdo da dignidade da pessoa humana presente no direito à vida. Espera-se que os resultados desta última análise atendam o objetivo geral da pesquisa, que consiste em verificar qual o conteúdo da dignidade da pessoa humana no núcleo fundamental do direito à vida.

Será redigido um relatório parcial abrangendo a fase teórica e a construção da amostra, e um relatório final contendo todos os resultados. O relatório final será dividido em introdução, capítulo 1 referente à fase teórica, capítulo 2 referente ao núcleo fundamental do direito à vida nos acórdãos; capítulo 3 referente à influência da dignidade da pessoa humana no direito à vida; e conclusões da pesquisa.

## **Resultados Parciais**

Em primeira análise deve-se salientar que a pesquisa se encontra em desenvolvimento ao momento da redação deste artigo. Devido a questões administrativas a pesquisa somente se iniciou em outubro de 2020. Sendo a redação deste artigo em tempo de novembro de 2020, a pesquisa se encontra na fase de revisão bibliográfica. Não obstante, para melhor elucidar a metodologia, e possíveis resultados a serem alcançados, decidiu-se por prosseguir a duas análises de acórdãos, a redação de seus verbetes, e a consequente comparação entre ambos. Dessa forma, pode-se compreender a finalidade e o modus operandi desta pesquisa. A devida análise será refeita ao tempo oportuno em respeito à metodologia delimitada. Os casos analisados são o Habeas Corpus 84.025 de 2004 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3.510 de 2008.

## **Habeas Corpus número 84.025/2004**

No caso em questão analisava-se a constitucionalidade de se negar a



uma gestante que se interrompesse a gravidez de feto anencefálico. Esse caso antecedeu a ADPF 54, a ação de controle constitucional concentrado que pôs fim à discussão. É de grande importância, porém, pois se utiliza de raciocínios interessantes, dos quais é possível encontrar a aplicação da dignidade humana.

O Ministro Joaquim Barbosa, relator do Habeas Corpus, não associa dignidade da pessoa humana e direito à vida, mas o contrapõe como um conflito de princípio, inicialmente, para posteriormente solucionar esse conflito com a ponderação.

O relator demonstra que a ponderação comumente feita quando se trata juridicamente de aborto é a contraposição da dignidade do nascituro em face da liberdade da gestante de dispor do próprio corpo.

Como demonstrou, o legislador do Código Penal já em 1940 reconheceu uma graduação valorativa do bem vida, sendo sua subtração mais reprovável quão mais desenvolvido o ser é. Nesse sentido, o crime de assassinato – e suas qualificantes – são o crime mais reprovável dentre os três, seguido pelo infanticídio e, só então, o aborto. Para o Ministro essa reserva em três diferentes tipos feita pelo legislador demonstra que quão mais desenvolvida a vida, mais reprovável seria o crime.

Outro raciocínio feito pelo relator que é importante para a pesquisa é o que determina quanto ao conteúdo da vida. O legislador, ao reconhecer o aborto como crime contra a vida, estando neste capítulo do código penal, determina que o nascituro teria ao menos uma vida em potencial para efeitos jurídicos.

Porém, legislação mais recente, a referente a transplante de órgãos (Lei 9.434/1997), determina objetivamente quando ocorre o fim da vida, momento em que é possível o transplante de órgãos de um ser humano, qual seja a morte cerebral. Nesse tocante, se o fim da vida é o cessar da atividade cerebral, é fácil concluir que o início dela seria então quando o feto desenvolve suficientemente seu sistema encefálico, iniciando sua atividade cerebral. Por esse motivo, o relator não compreende que o tipo penal do aborto reprove a interrupção de gravidez de feto anencefálico.

Esses dois raciocínios auxiliam compreender qual o conteúdo da dignidade da pessoa humana presente neste julgado, mormente na aplicação do direito à vida. A princípio, como se viu, apontou-se que o sopesamento em questão seria entre a liberdade da gestante e a dignidade do feto. Esse sopesamento em específico resultaria em decisão em prol do feto, uma vez que a dignidade é um fundamento da República e a liberdade um direito fundamental por ela norteado e limitado. E ainda porque não é válido o argumento de que a dignidade de um nascituro é menor que o de um humano desenvolvido, a dignidade para a contemporaneidade não é quantificável.

Porém, o relator se utilizou de outro sopesamento, dispondo a dignidade da gestante em face da vida em potencial do nascituro. Nessa configuração não se discute mais se o nascituro tem dignidade, mas se terá vida, sendo anencefálico, não havendo potencial vida, não há também sopesamento, mas

somente a dignidade da gestante sendo injustamente negada.

Ademais, compreende-se o início da vida, a atividade cerebral, mais filosoficamente, a capacidade para o raciocínio. É dizer, a vida (humana) se inicia uma vez que o ser tem potencial para o raciocínio. Este é também o que faz do ser humano digno, o potencial de raciocínio, de autodeterminação tal qual se desenvolveu juridicamente a dignidade humana.

Portanto, o conteúdo da dignidade da pessoa humana encontrado no HC 84025 é o de seu início, que é concomitante com o direito à vida, e ambos se fundamentam. Dessa forma, o início da dignidade é o início da vida, o ser humano é digno porque em vida tem dignidade, e o ser humano tem direito à vida porque é digno.

## Verbetes

Um verbatim possível que refletiria o conteúdo da dignidade humana nesse acórdão é: “A dignidade da pessoa humana se inicia com a vida, e a vida se inicia quando o ser humano se forma de maneira a carregar com si todo o potencial de autodeterminação, e é esse potencial de autodeterminação, que só é possível porque está vivo, que torna o ser humano digno.”

## Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3.510/2008

A Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3.510 proposta pelo Procurador Geral de República, em seu papel de *custus legis* tratou da constitucionalidade da Lei n. 11.105/2005, nominalmente tratada por Lei de Biossegurança. O Ministério Público alegou haver inconstitucionalidade por ferir frontalmente o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, uma vez que permitiria a objetificação científica de embriões humanos, sujeitos de direito ao entender do Procurador.

A questão foi posta em plenário em maio de 2008 e trouxe significativa evolução interpretativa ao instituto do direito à vida, vinculando-o à dignidade da pessoa humana, sem, contudo, aprofundar na temática da dignidade em si.

O relator Ministro Ayres Brito, sendo em seu voto acompanhado pela maioria da Corte, dissertou sobre o conteúdo da vida, mormente sobre a ausência de vida. Para o ministro o embrião é sujeito (ou objeto) de direito infraconstitucional, isto é, legal, protegido pela Lei 11.105. Contudo, o embrião em si não é sujeito de direito protegido pela Constituição Federal, pois não é ele uma “pessoa humana embrionária”. O embrião seria para o ministro uma potencialidade de pessoa humana.

Sustenta ainda que o embrião, apartado do útero, onde poderia se desenvolver, não irá alcançar o desenvolvimento neurológico, o que o impossibilita de ser uma pessoa humana. O Ministro Ayres Brito parece aceitar, sem referir diretamente, a tese sustentada pelo Ministro Joaquim Barbosa à oportunidade do HC 84025. Para ele o desenvolvimento neurológico é essência da

característica de pessoa humana, sendo ensejador da dignidade protegida pelo artigo 1º, III da Constituição Federal. Em suma, o embrião não é passível de proteção constitucional, pois não é pessoa humana, mesmo que venha um dia a ser. É diferente a tese que aparenta apresentar se o embrião estivesse no útero materno. Neste caso a temática seria o do aborto, tema o qual o ministro se afasta no caso presente.

## Verbetes

Portanto, diante do exposto, um verbeta que pode ser feito, é que “a dignidade da pessoa humana é atribuída ao sujeito por ele ter potencialidade cognitiva, ímpar ao ser humano. Desta forma, a dignidade da pessoa humana tem início quando o ser já se desenvolveu biologicamente sua potencialidade intelectual.”

## Comparação de verbetes

Como dissertado, após a análise qualitativa de cada acórdão se prossegue para a comparação dos verbetes extraídos de cada um. É importante ressaltar que os verbetes representam o conteúdo da dignidade da pessoa humana extraído de cada acórdão. Antes, contudo, se disporia os verbetes conforme sua antiguidade, estando o mais antigo na primeira posição.

Para a melhor visualização traz-se na tabela a seguir os dois verbetes.

HC n. 84.025/2004	ADI n. 3.510/2008
A dignidade da pessoa humana se inicia com a vida, e a vida se inicia quando o ser humano se forma de maneira a carregar consigo todo o potencial de autodeterminação, e é esse potencial de autodeterminação, que só é possível porque está vivo, que torna o ser humano digno.	A dignidade da pessoa humana é atribuída ao sujeito por ele ter potencialidade cognitiva, ímpar ao ser humano. Desta forma, a dignidade da pessoa humana tem início quando o ser já se desenvolveu biologicamente sua potencialidade intelectual.

Como se pode aferir da comparação, o conteúdo da dignidade da pessoa humana é o essencialmente equivalente em ambos os acórdãos, sendo que tanto o HC quanto o ADI em questão empregam análise sobre qual o início da dignidade humana. Mesmo sem referenciar a tese empregada pelo ministro Joaquim Barbosa em 2004, o ministro Ayres Brito em seu relatório concorda que o início da dignidade se dá com o desenvolvimento da potencialidade de cognição.

A rigor, se esses mesmos verbetes se verificarem na pesquisa o segundo, referente à ADI 3.510, seria anulado da comparação final, visto que apresentam o mesmo conteúdo da dignidade da pessoa humana. Contudo, por se tratar de uma simulação é necessária uma conclusão parcial da análise entre ambos os verbetes. Dessa forma, por não apresentar alterações significativas

pode-se inferir que o conteúdo da dignidade da pessoa humana compreendido no HC 84.025 prevaleceu na corte por pelo menos mais quatro anos, ao tempo do julgamento da ADI 3.510.

Portanto, pretende-se com a análise dos demais acórdãos, objetos da pesquisa, verificar outros elementos do conteúdo da dignidade da pessoa humana que podem ser encontrados na jurisprudência do direito à vida no Supremo Tribunal Federal. Por fim verifica-se que a dignidade da pessoa humana empregou forte influência na compreensão do direito à vida.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº84.025**. Paciente: Gabriela Oliveira Cordeiro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 4 de março de 2004

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 29 de maio de 2008.

FEFERBAUM, Marina (*coord.*); QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (*coord.*). **Metodologia da Pesquisa em Direito**: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marcos Antônio da. **Tratado luso-brasileiro de dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MORAES, Alexandre. Competências Administrativas e Legislativas da Vigilância Sanitária. **Revista de Informação Legislativa**, v. 37, n. 145, p. 77-85, jan./mar. 2000. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/557>>. Acessado em cinco de junho de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia na constituição**: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 46, p. 193-244, abr/jun 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: Na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora 2008.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana** – conteúdo trajetórias e metodologia. 2ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

TAVARES, André Ramos. Direito à Vida. *in* CANOTILHO, Joaquim José Gomes (*org.*); *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

# INTERAÇÃO TRANSJUDICIAL NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: O SILÊNCIO ENTRE CORTES NA ADPF 153 E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA CONSOLIDAÇÃO DEMOCRÁTICA NO BRASIL

**Mateus Trinta Bruzaca**

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Pesquisador vinculado ao projeto Direito Internacional sem Fronteiras (DiSF). Pesquisador egresso do Núcleo de Estudos em Direito Internacional e Desenvolvimento (NEDID/UFMA)

## **Resumo:**

A presente pesquisa centra-se nas interações transjudiciais entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). A fim de avaliar em que medida processa-se a recepção da norma de decisão da Corte IDH pelo STF, o julgamento da ADPF 153 foi selecionado como objeto de pesquisa, dada a importância do reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei n. 6.683/79 para a consolidação democrática no Brasil. A investigação sustenta-se na hipótese de que o modelo deliberativo do STF (modelo *seriatim*) prejudica uma adequada formalização da interação transjudicial com a Corte IDH. Contudo, conclui a pesquisa que, ao invés de consequência do modelo deliberativo do STF, a não recepção jurisprudencial quando do julgamento da ADPF 153 é reflexo de um discurso jurídico conciliatório que macula a conformação de uma identidade constitucional pós-autoritarismo e interrompe a concretização jurídico-normativa do texto constitucional.

**Palavras-chave:** Interações transjudiciais; Consolidação democrática; Modelo deliberativo; Discurso.

## **Introdução**

As transições políticas, a despeito das incertezas que as envolvem, estão invariavelmente orbitadas pela ambições de formação de um espírito democrático que amalgame os discursos sociais e institucionais em prol de um pluralismo político e de uma condescendente com a dignidade humana. Tais pre-

tensões são projetadas em mecanismos jurídicos e políticos de retomada do poder e desestruturação da lógica autoritária. Este aparelhamento refere-se à “construção de uma concepção distinta de justiça, associada com períodos de mudanças políticas radicais após governos opressivos”<sup>1</sup> e se pauta nos eixos da efetivação do direito à justiça, à memória, à verdade e à reforma das instituições nacionais, tendo recebido, no final do século XX, o epíteto de justiça de transição (*transitional justice*).

Estes processos justransicionais **já foram** experienciados em três distintos momentos históricos – entre 1820 e 1926, entre 1922 e 1942, bem como entre 1974 e 1990<sup>2</sup>. Neste particular, a experiência latino-americana de transição política envolvera constantemente o instituto das leis de autoanistia, posto que este aparato legislativo fora largamente utilizado por Estados como Brasil, Argentina, Uruguai, Peru e Chile a fim de viabilizar uma transição conciliatória que suprimisse dos Estados a obrigação de persecução e responsabilização penal dos crimes contra os direitos humanos cometidos pelos agentes dos regimes ditatoriais. As leis de autoanistia que balizam a transição política na América Latina, contudo, processam-se em detrimento da argumentação suscitada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) de que leis de autoanistia são inconventionais e ilegítimas, na medida afetam direitos inderrogáveis, que recaem no âmbito do *jus cogens*.

Neste prisma, um estudo propedêutico de julgados relacionados às leis de autoanistia em países latino-americanos permite à presente pesquisa constatar que a experiência brasileira da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 (ADPF 153) – julgado no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) suprimira a jurisprudência internacional que entende pela inconventionabilidade de leis de autoanistia – constituiu-se como pontual dominação discursiva da narrativa estatal em detrimento da argumentação suscitada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), haja vista que as reformulações paradigmáticas no constitucionalismo latino-americano estimularam uma tendência responsabilizadora, de modo que tribunais constitucionais na maioria dos estados membros do SIDH acabaram por suprimir a legalidade de suas leis de autoanistia ao replicar o discurso da Corte IDH (como ocorreu em Argentina, Chile, Uruguai e Peru, *e.g.*)

A presença do discurso jurídico da Corte IDH na redemocratização dos estados membros do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH) permite-nos assumir, neste desiderato, que a atuação contenciosa da Corte IDH em temas relacionados à justiça de transição favorecera a formulação de redes de imposição (*enforcement networks*) e harmonização (*harmonization networks*)<sup>3</sup> do *standard* normativo-axiológico dos direitos humanos

1 TEITEL, Ruti. **Transitional Justice**. New York: University Press, 2000, p. 3

2 HUNTINGTON, Samuel. **Democracy's Third Wave**. *Journal of Democracy*, v. 2, n. 2, 1991

3 SLAUGHTER, Anne-Marie. **A Global Community of Courts**. In: *Harvard International Law Journal*. v. 44. p. 1-29. 2004

na América Latina. Estes entrelaçamentos reafirmam a primazia dos direitos humanos e dos valores democráticos nos Estados, posto que a relação transversal entre ordens jurídicas que se forma conduz a solução dos problemas jurídico-constitucionais segundo os critérios da Corte IDH e não dos dissimulados ordenamentos jurídicos nacionais, de modo a permitir a permanente reconstrução do que se entende por direitos fundamentais consoante uma dimensão de temporalidade que abarque as vivências e exigências constitucionais do presente Estado Democrático de Direito.

É neste prisma que a participação da Corte IDH no julgamento de casos focados na interpretação da convencionalidade de leis de autoanistia e na obrigação internacional de responsabilização por crimes de lesa-humanidade foram particularmente instrutivas e essenciais à desestabilização dos resquícios dos regimes ditatoriais na América Latina. Nesta empreitada, a propagação da ideia de responsabilização individual pelos crimes de lesa-humanidade cometidos durante os regimes autoritários se irradia para além de órgãos internacionais e se multiplica pelas várias instituições nacionais, gerando uma “[...] mudança na legitimidade da norma de responsabilização criminal individual por violações de direitos humanos e um aumento de processos criminais em nome dessa norma”<sup>4</sup>.

O grau de engajamento dos Estados membros do SIDH no desenvolvimento de redes transjudiciais, entretanto, se vê condicionado impreterivelmente à extensão da penetração e arraigamento nas cortes nacionais da jurisprudência e principiologia da Corte IDH. Logo, o êxito destas interações entre cortes depende da capacidade e disposição dos tribunais constitucionais em reconhecer na prática dialógica um compromisso com a integração regional do SIDH – na medida em que, conforme observar-se-á adiante é previsão convencional a adequação normativa dos Estados ao *standard* interamericano – e com a consolidação de uma democracia cuja identidade constitucional<sup>5</sup> se reforma, posto que as interações transjudicial no marco justransicional latino-americano engendram um ajuste do texto e discurso constitucional às disposições normativas e axiológicas de uma realidade pós-autoritarismo.

O presente trabalho centra-se, desta forma, na investigação das interações transjudiciais entre o STF e Corte IDH quando do julgamento da ADPF 153. Portanto, a fim de avaliar em que medida se perfaz, no julgamento *sub examine*, a recepção da norma de decisão da Corte IDH pelo STF e quais os obstáculos a efetivação desta interação transjudicial, lança-se mão de pesquisa documental e bibliográfica, com amparo em método dedutivo e abordagem qualitativa. Quer-se, pois, propor uma noção construtiva da interação transjudicial, demonstrando sua relevância à dialética Direito interno/Direito In-

4 SIKKING, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. **The impact of Human Rights Trials in Latin America**. Journal of Peace Research. p. 6

5 Sobre reconstrução da identidade constitucional vide: ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**, Trd. Menelick de Carvalho Netto, Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ternacional, bem como a viabilidade de referida prática comportar-se como alternativa extra-sistêmica de juridicidade, associada aos padrões pós-tradicionais e multiculturais de garantia e promoção dos direitos humanos. A fim de colaborar, portanto, com o aprimoramento técnico-conceitual do assunto a pesquisa reforça a condição das interações transjudiciais de práticas conformadas à uma dogmática jurídica crítica e pluralista, comprometida em pensar a solução das divergências entre a norma de decisão interna e internacional por uma ótica heterárquica e modulada conforme o princípio *pro homine*.

No que concerne à efetivação da interlocução STF/Corte IDH no julgamento da ADPF 153, o estudo *a priori* sustentou-se na hipótese de que a ausência de deliberação entre os ministros do STF impedira que se estabelecesse discussão sobre a importância da interlocução com a Corte IDH e da atribuição de um ônus interpretativo à jurisprudência interamericana no direito pátrio. A pesquisa avalia, portanto, se o modelo *seriatim* e em texto composto de tomada de decisão adotado pelo STF teria influências sobre a conformação de um diálogo entre STF e Corte IDH na oportunidade do julgamento da ADPF 153. Referida hipótese, contudo, não se confirmara ao fim da pesquisa, posto que realizada a análise das variáveis contextuais e teóricas que orbitam a interação transjudicial STF/Corte IDH no marco do julgamento da ADPF 153, conclui a pesquisa que o modelo de deliberação do órgão de cúpula do judiciário brasileiro detém diminuída interferência sobre a definitiva recepção da jurisprudência da Corte IDH sobre a inconveniência de leis de autoanistia pelo Supremo Tribunal Federal.

## **A prática das interações transjudiciais: abordagens comunicativas no enquadramento pós-westfaliano**

À proporção em que as práticas políticas, econômicas e jurídicas se situam sob uma nova tessitura social de globalização e extraterritorialização dos espaços de deliberação, alterações substanciais na dialética Direito interno/ Direito Internacional são fornecidas e os agentes estatais abraçam paradigmas constitucionais que fortalecem as imbricações do Direito Constitucional com o Direito Internacional, convertendo a normativa internacional em parâmetro secundário de validade das ordens normativas nacionais. A necessidade de ordenar as relações sociais a um nível global faz surgir, portanto, uma “comunidade de pessoas e grupos de pessoas integradas e harmonizadas, às vezes superpostas, nunca organizadas de forma soberana, abertas, interdependentes e solidárias dentro da estrutura do espaço global”<sup>6</sup>. Definida enquanto uma *comunidade global*, esta sociedade contemporânea surge, pois, da necessidade indelével de estabelecer “[...] mecanismos pelos quais as autoridades legais, nacionais e internacionais, possam interagir eficientemente”. O Direito, então, em resposta direta ao desenvolvimento de uma comunidade global, cosmopo-

6 OSLÉ, Rafael Domingo. **¿Qué es el Derecho Global?** 6 Ed. rev. e atual. Thomson Reuters Aranzadi. 2009. P. 92



liza suas estruturas teóricas e institucionais.<sup>7</sup>

As relações jurídicas no cenário doméstico e internacional passam, desta forma, a serem conduzidas sob um paradigma cosmopolita, posto que buscase a formulação de um projeto comum universal (*bonum commune universale*) onde – pela harmonização dos ordenamentos jurídicos locais, nacionais, supranacionais e internacionais – a prática da justiça e da efetivação dos direitos humanos seja empreendida conjuntamente. A nova postura do direito como ciência social aplicada demanda, pois, uma “visão complexa do direito” que posicione a ciência jurídica enquanto instrumento intercultural de aproximação e superação de divergências normativo-axiológicas, mas sem a necessidade de construção de uma racionalidade monista ou hierarquizante que hipertrofe o discurso jurídico dos tribunais nacionais ou internacionais<sup>8</sup>

Diante desta abordagem, Nancy Fraser observa que o processo de globalização fragiliza perceptivelmente os sistemas de justiça entabulados na lógica econômica de matriz keynesiana e na ultrapassada política westfaliana, uma vez que os insere em uma realidade onde as relações sociais e econômicas constantemente ignoram as fronteiras estatais. Isto é, como a atuação judicante dos tribunais constitucionais passa a ter um âmbito de influência dilatado – abarcando não apenas os cidadãos dos Estados – a discussão sobre justiça deve passar a considerar que as demandas judiciais “[...] não se endereçam exclusivamente aos Estados nacionais e também não são debatidos somente pelo público nacional [...]”<sup>9</sup>. Tem-se, assim, uma teoria da justiça pós-westfaliana pleiteia Fraser, onde as controvérsias nas relações jurídicas devem, em teoria, ser interpretadas e solvidas dialogicamente, através de trocas de argumentos na deliberação democrática – seja com agentes internos ou externos ao sistema de justiça estatal.

A leitura de Anne-Marie Slaughter<sup>10</sup> sobre o desenvolvimento de uma comunidade global de cortes (*global community of courts*) comunica-se com este novo enquadramento político-jurídico. A autora preceitua que à proporção em que a globalização da justiça viabiliza a litigância internacional entre Estados e entre indivíduos e Estados, a formulação de uma maior interação entre juízes e tribunais torna-se tentadora, de modo que as interações transjudiciais conduzem a uma comunhão internacional de tribunais domésticos, supranacionais e internacionais engajados na produção de interpretações consonantes sobre temas e controvérsias jurídico-constitucionais que lhes atinge de modo isomórfico. Desta forma, os litígios globais conduziriam ao surgimento de um *comitas* judicial, que forneceria a estrutura e as regras básicas para um diálogo global entre agentes jurídicos. Este processo dialógico entre cortes é bem ob-

7 BEDERMAN, David J. **Globalization and International Law**. 1 Ed. Palgrave Macmillan US, 2008, p. 164

8 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 5 Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

9 FRASER, Nancy. **Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, São Paulo, 77, 2009, p. 15.

10 SLAUGHTER. Op. cit., p. 193

servado, à exemplo, na interlocução entre Corte IDH e Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) ou entre a Corte IDH e os tribunais constitucionais dos estados membros do SIDH.

Fato é que os reflexos da globalização no viés político da justiça permitem desvelar que os espaços sociais de deliberação na realidade pós-westfaliana não são autônomos, mas sim extensões de uma comunidade global, onde decisões de cunho judicial tornam-se materialmente relevantes e influentes a um espectro cada vez maior de agentes jurídicos e não-jurídicos. Torna-se, portanto, pouco crível que os espaços de deliberação e tomada de decisões estatais preservem-se sem dar azo a uma interrelação com poderes extraterritoriais, bem como que agentes internacionais ignorem os êxitos interpretativos de tribunais nacionais na matéria dos direitos humanos. Há, pois, um esvaziamento dos contextos locais de ação – recorrendo, neste momento, aos estudos de Anthony Giddens<sup>11</sup> - sendo a sociedade pós-tradicional inevitavelmente atrelada a um cosmopolismo global que liquefaz a condição estritamente nacional dos processos jurídicos.

Como consequência, a legitimidade de uma constituição nacional não mais derive apenas da interação entre o povo, as instituições e sua carta constitucional, mas também de como o texto constitucional e seu processo de concretização jurídico-normativo<sup>12</sup> se relacionam com o discurso jurídico trabalhado internacionalmente por cortes como Corte IDH, TPI e TEDH. Logo, a adequação do constitucionalismo dos Estados ao *standard* internacional de proteção dos direitos humanos é essencial para que se reconheça e justifique a legitimidade da soberania estatal. Isto se dá, pois “[...] a nova ordem constitucional estabelece não apenas o princípio da igualdade de soberania, mas também a proibição geral do uso da força, o princípio da autodeterminação dos povos e o respeito aos direitos humanos”<sup>13</sup>, como estruturas básicas de uma democracia constitucional integrada com o sistema multinível de proteção aos direitos humanos.

Tendo, portanto, como plano de fundo as citadas reformulações fenomênicas e teóricas, o uso de parâmetros extra-sistêmicos como argumento de autoridade persuasiva em decisões nacionais, a referência direta e recíproca a precedentes de cortes constitucionais estrangeiras (*cross-fertilization*), bem como o acompanhamento e reinterpretação de precedentes internacionais eclodiram no final do século XX como características latentes dos tribunais constitucionais do sistema de justiça pós-westfaliano. Esta inovação justifica-se particularmente devido à proliferação de tribunais constitucionais das novas democracias do início da década de 1990, os quais diante da inexistência de jurisprudência prévia “[...] tiveram que partir das experiências de outros

11 GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Ed Unesp: 2001

12 NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 4 Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

13 KUMM, Mattias. **Constituent power, cosmopolitan constitutionalism, and post-positivism law**. In: Oxford University Press and New York University Scholl of Law, v. 14, n. 3, 2016, p. 703.

tribunais para fundamentar suas primeiras decisões e construir seus próprios precedentes”<sup>14</sup>.

A formulação ainda que embrionária, portanto, desta arena global de intérpretes jurisdicionais se fortalece, no entendimento de Claire L’Heureux-Dube<sup>15</sup>, sobremaneira após a internacionalização dos direitos humanos, que viabiliza, no entender da autora, com que juízes e tribunais nacionais e internacionais possam reconhecer-se enquanto participantes de um empreendimento judicial comum, dada a natureza isomórfica das controvérsias que acometem o discurso dos direitos humanos no plano jurídico. Aprofundando mais a análise deste viés do diálogo transjudicial, Humberto Nogueira Alcalá<sup>16</sup> sobreleva, por seu turno, que as interações transjudiciais servem também à criação de ideias que produzem, além da coexistência pacífica e cooperativa, a integração de uma pluralidade de culturas jurídicas na unidade de uma comunidade jurídica.

As interações transjudiciais, desta forma, ao integrarem diferentes níveis de comunicação e aderirem à prática judicante dos agentes nacionais e internacionais um viés pluralista e multicultural confirmam-se como “[...] prática híbrida e anti-sistêmica que possa construir descontinuidades renovadas e quase lúdicas, carregadas de impurezas intelectuais e seculares”<sup>17</sup> pautadas em experiências políticas e jurídicas baseadas em comunidades de esforços e interpretações, conforme prescreve Herrera Flores. Assim, a exposição prope-dêutica sobre a conformação das interações transjudiciais deslinda a possibilidade de tratar sobre as interações que se perfazem sob o manto da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) – aqui nomeado como *diálogo interamericano*. A apresentação das modulações e funcionalidades do processo dialógico acima serão, portanto, aplicadas à realidade do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH).

Tem-se, pois, que por intermédio do art. 2º, da CADH – que condiciona a adequação do direito interno aos padrões da Convenção Americana – o diálogo entre cortes no SIDH ganha visível caráter obrigacional, sendo atribuído aos precedentes da Corte IDH um ônus argumentativo. Ademais, a previsão normativa em comento demanda não apenas a adequação do direito legislado ao *standard* interamericano, mas também o reexame da jurisprudência pátria à luz dos precedentes da Corte IDH. O acompanhamento do corpo jurisprudencial interamericano pelos tribunais constitucionais dos estados membros possui, assim, previsão legal na CADH.

14 VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. 2015. 417 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidad de Alicante, Alicante, 2015, p. 131.

15 L’HEUREUX-DUBE, Claire. **The Importance of Dialogue**: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court. Tulsa Law Review, 1998, p. 24.

16 ALCALÁ, Humberto Nogueira. **El Uso de las Comunicaciones Transjudiciales por parte de las jurisdicciones Constitucionales en el Derecho Comparado y chileno**. In: Estudios Constitucionales, ano 9, n. 2, p. 17-76, 2011.

17 FLORES, Joaquín Herrera. Op. cit., p. 301

Entende a presente pesquisa, contudo, que o caráter obrigacional do diálogo interamericano em certa medida prescinde da formalidade legal em comento, vez que tem epigênese, também, na forte valorização de uma interpretação sistemática da norma global, bem como na ambição integracionista própria dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos. As interações transjudiciais que devem se realizar no bojo do SIDH encontram, pois, dupla justificação, uma de cunho *formal* – em função da ratificação da CADH – e outra *substantiva*, dada a circunstância de tratar-se o SIDH de “[...] *loci* não-estatais de deliberação, onde são possíveis a formação coletiva da vontade, a justificação de decisões previamente acertadas, e o forjamento de novas identidades”<sup>18</sup> e onde “[...] valores são construídos e disseminados, práticas tradicionais enraizadas são questionadas e ressignificadas e repertórios de ação são construídos e ampliados”<sup>19</sup>.

Logo, a prática transjudicial exsurge na realidade multicêntrica do SIDH enquanto expectativa da comunidade internacional latino-americana, posto que posta-se como mecanismo para se alcançar o pretendido *ius commune* latino-americano em direitos humanos. Merece realce, entretanto, que a invocação frequente de jurisprudência internacional pelos tribunais nacionais pode conduzir a um colonialismo no campo da cultura jurídica. Neste particular, uma incorporação inadequada da jurisprudência interamericana, sem a realização das devidas adaptações que o constitucionalismo pátrio requer, pode desaguar em “[...] diálogo em que só consta *alter*, mas falta *ego* enquanto polo da dupla contingência na comunicação”<sup>20</sup>. Tal ressalva exsurge em função do risco de atomização da ordem jurídica doméstica ou de imposição imperialista do discurso internacional, ou seja, de uma leitura monista da interação transjudicial, que ignora a natureza complementar e colaborativa do diálogo entre cortes.

### **Silêncio entre cortes na ADPF 153: Modelo *seriatim*, um empecilho ao diálogo interamericano?**

Inserido na ambiência do *diálogo interamericano* – posto que o Brasil ratifica a CADH e reconhece a competência da Corte IDH – na data de 28.04.2010 o STF decide pela improcedência da ADPF 153 por 7 votos a 2, de modo a determinar que a Lei n. 6.683/1979 não ia de encontro aos princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana, bem como que o Poder Judiciário não está autorizado a alterar ou a dar outra redação a texto normativo e que nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de

18 BERNARDES, Marcia Nina. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos como Esfera Pública Transnacional** – Aspectos Jurídicos e Políticos da Implementação de Decisões Internacionais. Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, v. 8, n. 15, 2011, p. 136.

19 BERNARDES, Op. Cit., p. 139.

20 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 5 Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 183.

anistia, posto que esta é resultado de “acordo político” firmado pela sociedade civil a fim de estabelecer redemocratização pacífica.

A ADPF 153 surge no cenário jurídico nacional em outubro de 2008, quando o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) interpôs a Arguição a fim de questionar a constitucionalidade da Lei de Anistia de 1979 (Lei n. 6.683/1979). Na oportunidade, pleiteou o CFOAB que fosse interpretado o §1º do art. 1º da Lei n. 6.683/1979 conforme a CF/88, de modo a reconhecer que a anistia concedida aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados por agentes da repressão. Sustentou-se à época que não se faria possível considerar válida a interpretação segundo a qual a Lei n. 6.683/1979 alcançaria as práticas de homicídio, estupro, desaparecimentos forçados e abuso de autoridade perpetradas por agentes do regime autoritário, vez que tal interpretação violaria frontalmente diversos preceitos fundamentais da Carta Constitucional. O CFOAB sustentou, ainda, a invalidade da Lei n. 6.683/1979 na jurisprudência da Corte IDH ao pontuar que internacionalmente já se reconhecera como nula e de nenhum efeito a autoanistia criminal decretada pelo Estado.

À normativa internacional protetiva dos direitos humanos, entretanto, fora atribuído valor interpretativo nulo, especialmente no voto condutor do Min. Rel. Eros Graus, onde a jurisprudência da Corte IDH fora reconhecida enquanto “fantasma” (sic) que necessita ser esquecido ou superado pelo cenário político nacional. As obrigações internacionais que sobre o Brasil se impõe, ademais, foram minoradas e o discurso interamericano contrário à legalidade das leis de autoanistia fora deliberadamente ignorado pela maioria dos ministros, à exceção do Min. Ricardo Lewandowski que reconhecera a importância dos julgados da Corte IDH, tendo citado em seu voto a normativa do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, da Convenção Americana e referenciado *Baldeón García vs. Peru*, *Ximenes Lopes vs. Brasil* e outros precedentes da Corte IDH.

Neste desiderato, a interpretação esposada pelo STF, manteve-se extremamente alheia à racionalidade jurídica desenvolvida pela Corte IDH ao longo da produção de seu corpo jurisprudencial, optando por preferir a proteção aos direitos fundamentais, em nome de um formalismo já duramente criticado em julgados da Corte IDH e em tribunais constitucionais latino-americanos, como em Argentina e Chile. Assim, o STF decidira reprimir a recepção jurisprudencial de precedente como *Blake vs. Guatemala (1998)*, *La Comunidad Moivana vs. Suriname (2005)*, *Gomes Lund vs. Brasil (2010)*, *Barrios Altos vs. Peru (2001)* e *Almonacid Arellano vs. Chile (2006)*, os quais permitiriam ao tribunal rebater a retórica argumentativa que sustentara a legalidade da lei de anistia de 1979 com base nos seguintes pontos: **a)** o “acordo nacional” que, em tese, legitima politicamente a lei n. 6.683/1979 face ao direito brasileiro; **b)** a impossibilidade de uma intervenção do Judiciário na matéria e **c)** a natureza de lei-medida ou de mera “lei de anistia” da lei n. 6.683/1979, que foram utilizadas como *distinguished fact* para afastar a incidência dos precedentes da Corte IDH.

A nódoa deixada pelas circunstâncias controversas do não satisfeito diálogo entre cortes no julgamento da ADPF 153 permite indagar, desta forma, por que o STF mantém-se refratário à recepção da jurisprudência da Corte IDH, especialmente quando do julgamento da ADPF 153. Neste particular, a hipótese da presente pesquisa era a de que o modelo deliberativo do STF (aberto e em texto composto, modelo *serialim*) não propiciava a adequada troca argumentativa entre ministros, de modo que a deliberação sobre a valoração da jurisprudência interamericana não se desenvolve a contento.

Tal suposição exsurgira, pois, uma deliberação prévia entre ministros na ADPF 153 poderia, por exemplo, fortalecer na opinião do colegiado posicionamentos presentes no voto do ministro Ricardo Lewandowski ou do Min. Carlos Britto. A deliberação colegiada teria o condão, ainda, de desconstruir entendimentos equivocadas sobre justiça de transição e obrigação internacional suscitadas em excertos de votos como o da Min. Ellen Gracie ou do Min. Rel. Eros Grau. Por demais, a deliberação prévia favorece a formulação de uma racionalidade jurídica à recepção jurisprudencial, de modo que a prática deixa de ser utilizada como mero obter dictum a serviço de bacharelismo de juízes e ministros. Sobre a possibilidade de atribuição formal de uma metodologia à interação justransicional, argumenta André Rufino do Vale que a prática em análise

não pode se transformar num mero “transplante” de fontes jurídicas estrangeiras; ela deve ser feita conforme pautas metodológicas claras e pré-definidas, que auxiliem os juízes a utilizá-las apenas como um complemento da motivação da decisão. Ademais, essas citações não podem ser uma obrigação ou fazer parte de um rito metodológico imposto aos juízes, mas somente uma opção disponível, um recurso auxiliar que pode ou não ser utilizado pelo juiz, conforme sua discricionariedade<sup>21</sup>

Da análise do regimento interno do STF observa-se, em verdade, que na Sessão Plenária do STF os ministros já chegam à sessão com seus votos previamente preparados, restando apenas sua leitura, sendo notória, portanto, a insubsistência de um debate oral nas sessões plenárias do STF. Isto se dá, pois a sessão tem início com anúncio dado pelo Presidente do colegiado, o qual verifica o quórum necessário (mínimo de seis ministros e de oito para matéria constitucional) e define a ordem de julgamento dos processos em pauta. Em seguida é dada a palavra ao Relator. Somente após as sustentações orais, contudo, inicia-se o procedimento de votação, conforme as características de um modelo em texto composto, isto é, cada ministro realiza isoladamente sua ponderação sobre o caso, sem a construção de uma opinião da corte. Assim, a pouca deliberação entre ministros é resultado da prática agregativa de votação, onde a sessão plenária funciona apenas como espaço de leitura dos votos

21 VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. São Paulo: Editora Almedina, 2019, p. 131.

individuais e previamente construídos. Esta prática obstaculiza que se dialogue sobre pontos controvertidos do caso bem como que se desenvolva uma análise mais detida de questões que geram divergência entre os ministros.

Nada obstante, à despeito dos efeitos diretos que os modelos *seriatim* ou *per curiam* detêm sobre a forma como os tribunais decidem pelo uso do direito comparado, a construção argumentativa em tribunais constitucionais sobre temas com forte conexão com a ambiência política – como é o caso de matérias que deambulam pelo marco justransicional – são especialmente condicionada por variáveis contextuais sociopolíticas que modulam a discurso jurídico do tribunal. Tem-se, portanto, que a ambiência social na qual estão inseridos os tribunais acabam por definir com mais intensidade o discurso jurídico concretizado, independentemente da deliberação ou não dos ministros. Serão fatores exógenos ao direito, portanto, que irão se constituir enquanto práticas sociais não-discursivas de ordenação dos discursos jurídicos, de modo a determinar, por exemplo, a opção dos tribunais constitucionais de impor mecanismos de assimilação ou exclusão da jurisprudência interamericana sobre a ilegitimidade das leis de autoanistia.

Neste sentido, a pesquisa pondera que de que as interações transjudicial STF/Corte IHD não são adequadamente discutidas, ficando, assim, à mercê do uso individual de alguns ministros. Assim, como a jurisprudência interamericana não ganha – por falta de deliberação sobre a questão – formalmente um ônus interpretativo seu adequado uso pelo sistema de justiça nacional ainda é incerto. Ao que tudo indica o STF é incapaz – à distinção de tribunais constitucionais como a Corte Suprema de Justiça da Nação (CSJN), na Argentina, ou da Corte Constitucional Chilena (CCC) – de alinhar sua construção argumentativa segundo compromissos internacionais firmados, valores axiológicos universais ou na consonância teleológica que, em tese, amalgama os membros do SIDH. A pesquisa pondera, de modo não conclusivo, neste ponto, que a especulação levantada sobre a insuficiência deliberativa do STF confirma-se positiva, porquanto a análise teórica do modelo deliberativo aberto e em texto composto brasileiro comprova uma fragilidade no recrudescimento de uma discussão constitucional sobre a relevância do processo dialógico entre STF e Corte IDH. Não obstante, o silêncio entre cortes na ADPF 153 desvelou-se como problemática com raízes mais profundas, relacionada a dissimulações e resistências estruturais que perduram no sistema de justiça pátrio por conta de uma redemocratização incompleta<sup>22</sup>.

## Considerações Finais

A decisão sustentada pelos STF na ADPF 153 significara a reafirmação do discurso conciliatório estabelecido em seu projeto justransicional e o recrudescimento do principal obstáculo jurídico à responsabilização de agen-

22 Sobre a manutenção de um viés autoritário na democracia brasileira ver: PINHEIRO, Paulo Sérgio. Autoritarismo e transição. **Revista USP**, São Paulo, p. 45-56, 1991

tes estatais por graves violações aos direitos humanos. Desta forma, o reconhecimento da legalidade da lei de autoanistia de 1979 preservava no seio de uma democracia “[...] vazios de legalidade, nos quais a impunidade do autoritarismo se mantém enfeza ao novo Estado de Direito”<sup>23</sup>. Em contrário senso, caso decidisse pela procedência da ação, o STF expurgaria do sistema de justiça nacional o principal argumento utilizado a favor da impunidade dos agentes estatais violadores de direitos humanos durante o regime militar. Assim, muito embora a ADPF 153 não tivesse o condão de eliminar outros argumentos judiciais a favor da absolvição penal dos agentes violadores – prescrição dos crimes e ofensa ao princípio da legalidade penal estrita, à exemplo – sua importância na efetivação da responsabilização penal dos agentes da repressão é incontestável.

A pesquisa observara, conquanto, que o ambiente social no qual o julgamento da ADPF 153 se insere é um “momento constitucional” propício ao recrudescimento da proposta conciliatória de transição política. Assim, a formação do discurso jurídico favorável à legalidade da lei de autoanistia sofre ampla influência de discursos e condicionantes alheias ao direito e diretamente atreladas ao período justicialista do Brasil, de modo a vislumbrar-se fumaças de alopoiese do direito na opção do STF em reconhecer a constitucionalidade do art. 1, §1º da Lei n. 6.683/79, pois pode-se constatar bloqueio político na concretização do texto constitucional e hipertrofia de seu viés simbólico<sup>24</sup>, vide o argumento sustentado pelo STF de que o tribunal não poderia intervir em “acordo político” firmado quando da redemocratização e que a anistia fora o “preço a ser pago pela redemocratização” (sic), conforme consta em voto da Min. Ellen Gracie.

Em resumo, conclui a pesquisa que – ao invés de resultado nefasto do pobre modelo deliberativo do STF – a reafirmação da pretensa legalidade da lei de autoanistia de 1979 é reflexo de um discurso jurídico construído ao longo do período ditatorial que transborda o momento de consolidação democrática, alcançando as estruturas das novas instituições e funcionando como antolhos hermenêuticos à atuação judicante do STF. Firma-se, assim, no âmbito da consolidação democrática do Brasil uma preocupação das institucionalidades democráticas (casas legislativas e tribunais, *e.g.*) de justificar o *status quo* pré-constitucional, de modo que traços das identidades deixadas de fora do arcabouço jurídico-constitucional se esgueirem de volta ao *corpus* constitucional, como um subproduto da interpretação e da elaboração das normas constitucionais.

Neste sentido, merece realce que, muito embora os discursos jurídicos sejam regularmente compreendidos como textualidades formais prescritivas

23 PAYNE, Leigh; TORELLY, Marcelo D. **A anistia na era da responsabilização**: o Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília: Ministério da Justiça, comissão de anistia, Oxford: Oxford University, Latin American Center, 2011. p. 212-248

24 Sobre alopoiese do Direito e legislação simbólica ver: NEVES, Marcelo. Op. Cit., 2018, p. 140



ou descritivas que acompanham o direito no próprio texto ou constituem meta-discursos a respeito dele<sup>25</sup>, a materialização discursiva pelo intérprete constitucional assimila características internalizadas no processo de socialização, sendo, portanto, a sentença um subproduto do sistema político-social. É neste sentido que as sentenças e decisões são reconhecidas como narrativas culturais<sup>26</sup>, passível de influência pela “ambiência constitucional”, em um movimento alopoiético de definição interna segundo injunções do ambiente, havendo, pois, “bloqueio político da reprodução operacionalmente autônoma do sistema jurídico”<sup>27</sup>.

## Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **El Uso de las Comunicaciones Transjudiciales por parte de las jurisdicciones Constitucionales en el Derecho Comparado y chileno**. In: Estudios Constitucionales, ano 9, n. 2, p. 17-76, 2011.

BERNARDES, Marcia Nina. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos como Esfera Pública Transnacional** – Aspectos Jurídicos e Políticos da Implementação de Decisões Internacionais. Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, v. 8, n. 15, 2011, p. 136.

BEDERMAN, David J. **Globalization and International Law**. Palgrave Macmillan US, 2008.

CORREAS, Óscar. **Crítica da Ideologia Jurídica**: Ensaio Socio-semiológico. Trd Roberto Bueno. Porto Alegre: Sérgio Antonio Frabis Editor, 1995, p. 114.

FLORES, Joaquín Herrera. **Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência**. Direito e Democracia. v. 4. n. 2. 2003, p. 301

FRASER, Nancy. **Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado**. São Paulo: Lua Nova: Revista de Cultura e Política, 2009.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Ed Unesp: 2001

HUNTINGTON, Samuel. **Democracy's Third Wave**. Journal of Democracy, v. 2, n. 2, 1991

KUMM, Mattias. **Constituent power, cosmopolitan constitutionalism, and post-positivism law**. New York: Oxford University Press and New York University School of Law, 2016.

L'HEUREUX-DUBE, Claire. **The Importance of Dialogue**: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court. Tulsa Law Review, 1998.

MOREIRA, Adilson José. Direito, poder, ideologia: discurso jurídico como narrativa cultural. **Revista Direito & Práxis**, v. 8, n. 2, 2017, p. 830-868.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 4 Ed. São Paulo: WMF

25 CORREAS, Óscar. **Crítica da Ideologia Jurídica**: Ensaio Socio-semiológico. Trd Roberto Bueno. Porto Alegre: Sérgio Antonio Frabis Editor, 1995, p. 114.

26 MOREIRA, Adilson José. Direito, poder, ideologia: discurso jurídico como narrativa cultural. **Revista Direito & Práxis**, v. 8, n. 2, 2017, p. 830-868.

27 NEVES, Marcelo. Op. Cit., 2018, p. 149.

Martins Fontes, 2018.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 5 Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

OSLÉ, Rafael Domingo. **¿Qué es el Derecho Global?** Navarra: Thomson Reuters Aranzadi. 2009.

PAYNE, Leigh; TORELLY, Marcelo D. **A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada**. Brasília: Ministério da Justiça, comissão de anistia, Oxford: Oxford University, Latin American Center, 2011. p. 212-248

SLAUGHTER. Anne-Marie. **A Global Community of Courts**. Harvard International Law Journal, 2004.

SIKKING, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. **The impact of Human Rights Trials in Latin America**. Journal of Peace Research. p. 6

TEITEL, Ruti. **Transitional Justice**. New York: University Press, 2000.

VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional: Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Editora Almedina, 2019.

# OPINIÃO CONSULTIVA OC-23/17 COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL EM JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

**Sofia Rocco Stainsack Rocha**

Acadêmica da Graduação de Relações Internacionais da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis-SC, Brasil

## **Resumo:**

Através da análise da opinião consultiva 23/17, emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o presente artigo investiga qual o impacto desta medida para o reconhecimento do direito ao meio ambiente como um direito humano e como são afetadas as relações internacionais dos países do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A hipótese é que a Corte Interamericana ao emitir a opinião consultiva reconhece o meio ambiente como um direito humano e tal reconhecimento trará um impacto para as futuras decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, bem como para as relações internacionais dos países que fazem parte deste Sistema. O método empregado é o dedutivo e o procedimento é o monográfico, sendo utilizado como critério de pesquisa o bibliográfico. Conclui-se que a Corte Interamericana adotou uma postura inovadora e uma interdependência em relação a ações pró meio ambiente, sustentabilidade e direitos humanos.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Meio Ambiente; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Opinião Consultiva.

## **Introdução**

A Colômbia solicitou no dia 15 de março de 2016 uma opinião consultiva (OC) à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) para revisar o significado de jurisdição, presente no artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). A sugestão do país foi que os Estados do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) passariam a ter jurisdição funcional, e portanto, responsabilidade, sobre áreas que são ponto de proteção ambiental por tratados internacionais, dos quais os Estados são parte, mesmo que não se situem em território do Estado do qual provém o dano.

A Colômbia tinha como objetivo questionar sobre o meio ambiente marinho, que remete à Convenção de Cartagena, e discutisse se agressões ao meio ambiente marinho estão ligadas ao direito à vida e à integridade física. Todavia, a CIDH decidiu por abordar o tema de maneira mais ampla, manifestando-se sobre proteção ao meio ambiente em geral, e como ele está relacionado ao conceito de jurisdição, levando, assim, a uma análise mais ampla do direito ao meio ambiente (CIDH, 2017b, §35).

O resultado dessa discussão levou à elaboração da opinião consultiva 23/17, que ressignificou o conceito de jurisdição, levando-a a uma abordagem extraterritorial. Por intermédio da OC-23/17, a CIDH admite que pessoas de outros Estados atingidos por eventuais danos ambientais possam recorrer ao país de origem do dano, permitindo serem ressarcidos e reparados. Ou seja, os danos ambientais que atravessam fronteiras impõem que o Estado de origem garanta o acesso à justiça pelos prejudicados. A Corte, ao emitir tal posicionamento, reflete o aumento da agenda ambiental na esfera internacional e reforça os instrumentos internacionais de proteção ao meio ambiente.

Através da análise dessa opinião consultiva, pretende-se investigar qual o seu impacto para o reconhecimento do direito ao meio ambiente como um direito humano, e como tal reconhecimento afeta as relações internacionais dos países do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A hipótese é que a CIDH, ao emitir a OC-23/17, aceita o meio ambiente como um direito humano e tal reconhecimento trará um impacto para as futuras decisões do SIDH, bem como para as relações internacionais dos países que fazem parte do sistema. Para tanto, o artigo aborda na primeira parte a função consultiva em si e como se deu a opinião consultiva em análise; na segunda parte analisa o comportamento dos Estados nas relações internacionais; e, na terceira parte, reflete sobre os avanços da proteção internacional do meio ambiente.

O método empregado é o dedutivo e o procedimento é o monográfico, sendo utilizado como critério de pesquisa o bibliográfico. Conclui-se que a Corte Interamericana adotou uma postura inovadora e uma interdependência em relação a ações pró meio ambiente, sustentabilidade e direitos humanos.

## **O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Função Consultiva**

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), cuja sede está estabelecida em São José, na Costa Rica, é composta por sete juízes de nacionalidades distintas provenientes de Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), mesmo que não seja um órgão desta. Especificamente na Corte, são submetidas denúncias de violações de direitos humanos ocorridas a partir de seu reconhecimento (MAZZUOLI, 2013, p. 832), sendo que o Brasil aprovou a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte em 3 de dezembro de 1998 por meio do Decreto Legislativo n. 89, ou seja, somente a partir dessa data é que houve o reconheci-

to de possíveis julgamentos legítimos contra o Brasil. Desta maneira, ficou-se acordado que todos os países que optassem por ratificar a Convenção Americana automaticamente estariam sujeitos à denominada competência *consultiva* da CIDH, ainda que a competência *contenciosa* permanecesse facultativa. Trata-se de uma abordagem de importante ressalva devido ao fato que, no cenário internacional, foi a primeira vez que a CIDH estava permitida a resolver conflitos, sejam acusações envolvendo Estados-membros, ou emitindo opiniões consultivas sobre controvérsias ou tópicos a ela submetidas pelo Conselho ou Assembleia Geral.

Apesar de ter sido um avanço significativo no Sistema Interamericano, vale ressaltar que, primeiramente, a Organização das Nações Unidas (ONU) via Corte Internacional de Justiça (CIJ) e a Corte Europeia de Direitos Humanos, que adquiriu tal com uma reforma no Sistema Europeu, concluída com os artigos 47 a 49<sup>1</sup> da Convenção com o Protocolo no 11, já contavam com a capacidade consultiva em seu funcionamento antes do Sistema Interamericano.

Focando em matéria da CIDH, a capacidade contenciosa se limita apenas aos Estados-parte da Convenção que reconheçam expressamente a sua jurisdição, quando um membro é acusado de cometer algum delito que fere princípios estabelecidos por ela. Já a competência consultiva se aplica a todos os Estados que a ratificaram, com o objetivo de auxiliar o cumprimento de seus compromissos internacionais sobre direitos humanos. De acordo com a Corte, a função consultiva permite que o Tribunal interprete qualquer norma da Convenção Americana, sem que nenhuma parte ou aspecto desse instrumento esteja excluído desse âmbito de interpretação<sup>2</sup>, sendo que a Corte emite o seu parecer sobre determinado assunto. Ainda, a capacidade consultiva constitui um serviço que a CIDH está apta a prestar a todos os integrantes do SIDH, com o propósito de coadjuvar o cumprimento de seus compromissos internacionais sobre os direitos humanos. Por outro lado, as sentenças da

---

1 Arts. 47 a 49: 1. Artigo 47 Pareceres: A pedido do Comitê de Ministros, o Tribunal pode emitir pareceres sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e dos seus protocolos. 2. Tais pareceres não podem incidir sobre questões relativas ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidos no título I da Convenção e nos protocolos, nem sobre outras questões que, em virtude do recurso previsto pela Convenção, possam ser submetidas ao Tribunal ou ao Comitê de Ministros. 3. A decisão do Comitê de Ministros de solicitar um parecer ao Tribunal será tomada por voto maioritário dos seus membros titulares.

Art. 48 Competência consultiva do Tribunal O Tribunal decidirá se o pedido de parecer apresentado pelo Comitê de Ministros cabe na sua competência consultiva, tal como a define o artigo 47°.

Art. 49 Fundamentação dos pareceres 1. O parecer do Tribunal será fundamentado. 2. Se o parecer não expressar, no seu todo ou em parte, a opinião unânime dos juízes, qualquer juiz tem o direito de o fazer acompanhar de uma exposição com a sua opinião divergente. 3. O parecer do Tribunal será comunicado ao Comitê de Ministros. (ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1945, arts. 47 a 49)

2 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-23/17., 2017, 15 nov. 2017 (2017b), p.12, parr 16.

Corte são obrigatórias para os países que aceitam sua competência em matéria contenciosa. Quando a CIDH reconhece a violação de algum direito resguardado pela Convenção, é exigida de maneira imediata a reparação do dano e, caso necessário, o pagamento de uma indenização à parte que sofreu o dano.

Dito isso, vale ressaltar que a Corte foi utilizada frequentemente no decorrer dos anos, pela Comissão Americana de Direitos Humanos (CADH), ou até mesmo pelos Estados-parte. Com a emissão da OC 23-17, o SIDH foi o primeiro sistema a se utilizar do recurso consultivo visando exercer medidas de proteção ao meio ambiente sadio, aderindo, assim, a uma postura inovadora e uma interdependência em relação a ações pró meio ambiente, sustentabilidade e direitos humanos, visto que revisou o significado de jurisdição, presente no artigo 1.1<sup>3</sup> da CADH, frisando pela primeira vez o seu caráter extraterritorial ao ampliar os deveres internacionais do Estado no que se refere às suas obrigações ambientais no sistema americano. Concluindo, no parágrafo 23 da OC 23-17, a Corte determinou que:

La Corte considera que, a partir de la interpretación de las normas relevantes, su respuesta a la consulta planteada prestará una utilidad concreta a los países de la región en la medida en que permitirá precisar, en forma clara y sistemática, las obligaciones estatales en relación con la protección del medio ambiente en el marco de sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos a toda persona bajo su jurisdicción.<sup>4</sup>

Portanto, além das sentenças definidas em casos contenciosos, as Opiniões Consultivas, que tratam sobre resoluções de quesitos jurídicos relativos à Convenção Americana, a tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, e à conformidade de leis internas, deveriam ter a eficácia interpretativa *erga omnes*, incorporando a interpretação realizada pela Corte sobre o alcance e ideia de um dispositivo convencional a terceiros Estados (MAZZUOLI, 2013, p. 844), aqueles *não partes* da sentença. A seguir, a opinião consultiva 23/17 será contextualizada e detalhada, usando como base o próprio documento da Corte e artigos que abordam o tema.

## Opinião Consultiva 23/17

Solicitada e formalizada pela Colômbia<sup>5</sup>, com fundamento no artigo

3 Art. 1.1 Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

4 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-23/17. 15 nov. 2017 (2017b), pg.14, parr 23

5 Segundo a Colômbia, a situação que a levou “a [...] solicitação deste parecer consultivo está relacionada à grave degradação do Meio Ambiente marinho e humano na região do Caribe, que pode resultar de ações e/ou omissões dos Estados costeiros do Mar do Ca-

64.11 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), em 15 de março de 2016, a Opinião Consultiva 23/17, firmada pela CIDH, revisou o significado de jurisdição, presente no artigo 1.1 da CADH, fixando pela primeira vez o seu caráter extraterritorial ao ampliar os deveres internacionais do Estado culpado ao que se refere às suas obrigações ambientais no sistema interamericano. Essa alteração no conceito possibilita que um indivíduo esteja sob responsabilidade de uma entidade além das fronteiras nacionais onde se encontra. A jurisdição não se limita a território, ou seja, é aplicada mesmo fora do território do responsável pela ação.

Destaca-se a importância de estudar o vínculo que existe entre o meio ambiente e os direitos humanos, reconhecendo a necessidade de promover sua a proteção e do pleno gozo destes direitos. O objetivo dessa opinião consultiva baseia-se em interpretar o efeito das obrigações derivadas do direito ambiental em relação ao respeito e garantia dos direitos humanos estabelecidos na Convenção Americana.

Vale-se destacar que, por definição da CIDH, o direito humano e ao meio ambiente tomam-se de conotações tanto coletivas como individuais. No âmbito coletivo, o direito a um ambiente saudável constitui um interesse universal, para gerações presentes e futuras. Todavia, em sua dimensão individual, as violações ambientais podem ter repercussões diretas e indiretas a indivíduos, que têm direito à saúde, à vida, à integridade pessoal.<sup>6</sup> A degradação do meio ambiente pode causar danos irreparáveis aos seres humanos, infringindo o direito à vida. Portanto conclui-se que um meio ambiente saudável é um direito humano fundamental.

Conforme previsto no artigo 11 do Protocolo de San Salvador do SIDH, toda pessoa tem o direito de viver em um meio ambiente sadio, sendo que os Estados promoverão sua proteção e aperfeiçoamento. Todavia, anteriormente esse dever se limitava às fronteiras de cada Estado-membro, ou seja, cada país era responsável pelos danos ambientais dentro de seu território. Já com a OC-23/17, a CIDH passa-se a admitir que as pessoas de outros Estados atingidos por eventuais danos ambientais possam recorrer ao país de origem da degradação, permitindo que sejam ressarcidos e reparados. Ou seja, os danos ambientais que atravessam fronteiras impõem que o Estado de origem garanta o acesso à justiça pelos prejudicados.

Assim, a Corte, visando respeitar e garantir os direitos à vida e integridade, sob a premissa de cooperação e boa-fé, prevê que os Estados têm a obrigação de prevenir danos ambientais significativos dentro e fora de seu território, realizar estudos de impacto ambiental quando exista grande riscos de danos ao meio ambiente, elaborar medidas de segurança e procedimentos

---

ribe no âmbito da construção de novas grandes obras de infraestrutura. Esse problema é do interesse não apenas dos Estados da Região do Caribe Maior - cuja população costeira pode ser diretamente afetada pelos danos ambientais sofridos por essa região - mas também para a comunidade internacional.” (CIDH, 2017 p. 4, tradução nossa)

6 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-23/17. 15 nov. 2017 (2017b), p. 27, par 59

para minimizar a extensão desses riscos, e erradicar o dano onde ele tenha ocorrido, mesmo que já tivesse imposto medidas preventivas anteriormente. Ainda, os Estados têm o dever de garantir o acesso à informação relacionada a possíveis fatores que afetam o meio ambiente. E, segundo o Parecer Consultivo 23, deve ser estruturado um plano de contingência para ter um planejamento de riscos e de recuperação em casos de desastres (CIDH, 2017).

Portanto, essa Opinião Consultiva foi o divisor de águas no processo de esverdeamento da CIDH, e traduz uma nova medida de proteção tanto aos direitos humanos, quanto ao meio ambiente no cenário latino-americano, e ao mesmo tempo afeta as relações internacionais entre os Estados membros do SIDH.

## **As Relações Internacionais e os Estados Entre o Realismo e o Idealismo**

O direito internacional dos direitos humanos instiga o alicerce das relações internacionais, baseado no princípio da soberania dos Estados. Ao mesmo tempo, o princípio da soberania estatal permanece como grande obstáculo para a aplicação efetiva dos direitos humanos. Indício disso é que os argumentos adversos à universalização e à regionalização dos direitos humanos no globo estão, invariavelmente, fundados na urgência de proteção da independência e autonomia dos Estados soberanos que constituem a comunidade internacional (CORREA, 2013).

De acordo com a vertente realista da teoria das relações internacionais, associada ao modelo hobbesiano de Vestfália<sup>7</sup>, Estados aderem às normas e tratados internacionais quando identificam, estrategicamente, que isto seria conveniente ao interesse nacional. Essa visão parte do princípio de que os Estados vivem em uma anarquia internacional, sem uma entidade mediadora superior, e têm a sobrevivência e desenvolvimento próprio como premissa principal. A motivação de seus atos é sempre a maximização do seu interesse e a luta por poder, e dessa maneira, podem infringir normas internacionais igualmente por razões estratégicas, ainda que encontrem elementos jurídicos para justificar suas ações. O embasamento jurídico que conceberia essa visão política focada na razão de Estado e admitisse desligar aquilo que seria de interesse exclusivamente interno daquilo que seria internacional é o conceito de soberania nacional.

Portanto, o resguardo à soberania por parte dos Estados pode ser um obstáculo aos propósitos da universalização dos direitos humanos, a ratifi-

---

7 A denominada Paz de Vestfália, elaborada em 1648, teve como finalidade encerrar a Guerra dos Trinta Anos na Europa. É considerada como o marco inicial do sistema interestatal moderno, baseado, por um lado, na horizontalidade das relações internacionais e, por outro, na afirmação do Estado territorial soberano, que surgia como unidade política relevante. Segundo esse paradigma, Estados soberanos atuam internacionalmente sem admitir nenhuma autoridade supranacional que pudesse impor qualquer tipo de coerção vertical. (BERNARDES, 2011)



cação desse conceito por parte dos organismos internacionais de supervisão barra a evolução do movimento de internacionalização dos direitos humanos, e complexifica o funcionamento dos Sistemas Regionais de proteção aos direitos humanos (BERNARDES, 2011).

Todavia, há uma vertente nos estudos de relações internacionais que refuta a explicação realista, alegando que não abrange todo o contexto internacional da era pós-Guerra Fria. Segundo essa visão, o liberalismo, junto ao construtivismo, enxerga novos atores relevantes no sistema internacional, além do Estado, que atuam seguindo outra logicidade. De acordo com essa vertente, a soberania estatal, que era definitiva e unitária na visão vestfaliana, desmanchou-se por causa dos novos meios de multiculturalismo e globalização, junto ao avanço tecnológico. Essa fragilidade da soberania permite observar o comportamento de novos atores nas relações internacionais que se relacionam em redes transnacionais em torno de diversos temas divergentes, como o surgimento de organizações internacionais, movimentos sociais etc., ultrapassando dicotomia entre realistas e liberais. (HURRELL, 2001)

Assim, é possível afirmar que tem uma oposição na maneira de enxergar as relações internacionais, que estão sempre em conflito e se confrontando no sistema internacional. Ao mesmo tempo que os Estados se encontram em um sistema liberal como o SIDH, fundado sob a premissa de igualdade e cooperação mútua, firmado pelo Pacto de São José em 1969, eles ainda podem buscar agir de acordo com o viés realista que autoriza os Estados, em destaque àqueles que detêm mais poder, a se evadirem de suas obrigações internacionais, visto que introduz novamente o argumento de defesa da soberania estatal nas relações internacionais.

Ao analisar o papel da política internacional contemporânea e sua relação com os direitos humanos, Reis (2006, p.34) destaca a divisão entre os que enxergam a afirmação do direito internacional dos direitos humanos como uma possibilidade de subverter a lógica de competição entre os Estados, que caracteriza o sistema internacional e aqueles que consideram a política de direitos humanos irrelevante para a condução e entendimento dos processos políticos internacionais.

Se compararmos a política internacional e sua relação com a questão ambiental, a conclusão pode ser semelhante. De um lado, há sem dúvida um aumento considerável do tema ambiental na agenda internacional, principalmente a partir das conferências organizadas no âmbito das Nações Unidas, o que corrobora a possibilidade de subverter essa lógica de competição entre os Estados para uma lógica de cooperação; de outro lado, o aumento de fóruns e normas de proteção ambiental, pouco fez para melhorar as condições ambientais do Planeta, o que reforça a ideia de assim como os direitos humanos, a proteção do meio ambiente é irrelevante para os processos políticos fundamentais no âmbito internacional.

## Avanços na Internacionalização da Proteção Ambiental

A preocupação com a proteção do meio ambiente é fenômeno novo na história da humanidade, sendo a internacionalização de sua proteção um marco ainda mais recente (MAZZUOLI, 2013, p. 1025). Em complemento aos direitos fundamentais, após o período Pós-Guerra, as primeiras normas de proteção internacional ao meio ambiente começaram a ser elaboradas no âmbito internacional, não se limitando ao domínio exclusivo de legislações domésticas dos Estados. Abordando a preservação da natureza em todos os seus aspectos relativos à vida humana, a proteção ambiental visa tutelar o meio ambiente em decorrência do direito à *sadia qualidade de vida* (MAZZUOLI, 2018), considerando-se assim uma vertente dos direitos fundamentais, no sentido que, sem ele, a população não se realiza em plenamente, *sadiamente*, proteger sua vida.

Essa mudança ajusta-se com a emergente necessidade de proteção ambiental internacional e dialoga com a opinião consultiva aqui tratada. Os países passaram a admitir que sem cooperação internacional, não é possível enfrentar os problemas ambientais, visto que estes não respeitam fronteiras.

Como salienta Albuquerque (2006, p.26) a temática ambiental evoluiu significativamente nas últimas décadas no âmbito das relações internacionais, principalmente a partir da década de 1960, quando os países do chamado Primeiro Mundo começam a exportar poluição para o Terceiro Mundo. Essa deslocalização da poluição, levou também ao aumento de eventos e compromissos nacionais e internacionais sobre o tema, principalmente desde a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Humano, realizada em 1972, em Estocolmo, Suécia.

Considerando a relevância que a proteção do meio ambiente adquire no sistema internacional, bem como no direito interno de diferentes países, onde passa a ser considerado um direito fundamental, nota-se também a inovação da postura da CIDH sobre o assunto. Ao longo de sua existência, a CIDH, através da sua atuação jurisdicional foi incorporando a questão ambiental em diferentes decisões e pronunciamentos. A opinião consultiva em análise apenas reforça esse comportamento, visto que a jurisdição extraterritorial coloca a responsabilidade além de fronteiras tradicionais e restritas sob a norma de *jus cogens*, visando proteger os indivíduos afetados no exterior, incluindo não nacionais do Estado responsável.

O Sistema Interamericano foi o primeiro sistema regional a adotar tais medidas. Na teoria, o direito internacional progrediu no aspecto de desenvolvimento sustentável ao ampliar a jurisdição em relação à pessoa, mas resta verificar a sua aplicação efetiva e a adoção desse modelo por outros sistemas regionais e cortes internacionais.

Todavia, alguns países e cortes ainda relutam em aceitar tal medida, alegando infração da soberania estatal. Vale ressaltar que a Corte Europeia de Direitos Humanos está evitando-a, sendo a decisão sobre a admissibilidade

do caso *Bankovic* um exemplo disso<sup>8</sup> (LIMA; VELOSO, 2018). A Corte Europeia alegou que o conceito de jurisdição, conforme prevista no artigo 1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos deveria receber um sentido “comum”, sendo considerada primariamente territorial, ou seja, que respeita fronteiras humanamente determinadas, decisão que caminha em direção totalmente oposta à OC-23/17.

A Corte Interamericana reformulou seus pedidos consultivos, visando cobrir responsabilidades gerais em relação ao meio ambiente, visto que se refere à garantia e respeito aos direitos humanos, relacionando ao direito à vida e à integridade pessoal (CIDH, 2017b, §§ 35 e 38). Baseado no artigo 11 do Protocolo de San Salvador e do artigo 26 da Convenção Americana, que tratam respectivamente do direito a um meio ambiente sadio e do desenvolvimento progressivo, inclui-se o direito ao meio ambiente sadio por meio dos direitos econômicos, sociais e culturais, e apesar disso foi considerado um direito autônomo.

Outro ponto a ser discutido é a questão do indivíduo. A Corte já considerava que, embora não dentro do território de um Estado-parte, poderia ser sujeito à jurisdição do dito Estado (CIDH, 2017b, § 37). Além disso, vale pontuar que os Estados presentes na Convenção se comprometeram a garantir o livre exercício, direitos e liberdades de todos os indivíduos que estiverem sob sua jurisdição. A Corte respondeu que, mesmo que não estivesse fisicamente em seu território, o indivíduo poderia estar sujeito à jurisdição de um Estado se de alguma forma este tiver autoridade, responsabilidade sob a pessoa. Assim, o indivíduo pode estar sob jurisdição de um Estado de maneira extraterritorial (CIDH, 2017b, §§ 75 a 78, 81), que em si é capaz de colocar um indivíduo sob a jurisdição do Estado causador de danos, ao que se refere aos compromissos ambientais no Sistema Interamericano (CIDH, 2017b, § 81).

Portanto, desde que seja explicitada a ligação entre a violação dos direitos humanos e o território do Estado causador de danos, à pessoa cujos direitos tiverem sido violados estará sob a jurisdição do determinado Estado que efetuou essa violação. Assim, as pessoas cujos direitos convencionais tenham sido infringidos por causa do dano transfronteiriço se encontrariam sob a ju-

---

8 Na decisão quanto à admissibilidade do caso, estabeleceu-se que: “In the first place, the applicants suggest a specific application of the “effective control” criteria developed in the Northern Cyprus cases. They claim that the positive obligation under Article 1 extends to securing the Convention rights in a manner proportionate to the level of control exercised in any given extra-territorial situation. The Governments contend that this amounts to a “cause-and-effect” notion of jurisdiction not contemplated by or appropriate to Article 1 of the Convention. The Court considers that the applicants’ submission is tantamount to arguing that anyone adversely affected by an act imputable to a Contracting State, wherever in the world that act may have been committed or its consequences felt, is thereby brought within the jurisdiction of that State for the purpose of Article 1 of the Convention. The Court is inclined to agree with the Governments’ submission that the text of Article 1 does not accommodate such an approach to “jurisdiction” (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 2001, § 75).

risdição do Estado de origem desse dano ambiental.

Além disso, para evitar violação dos direitos humanos, foi estabelecido que os Estados têm a função de prevenir danos ambientais significativos dentro ou fora de território, regulando, supervisionando, fiscalizando atividades sob sua jurisdição, visando prevenir qualquer efeito negativo das agressões ao meio ambiente, agindo sob a premissa de cooperação e boa-fé. Essas compreensões foram consideradas pela Corte como mais eficazes e benéficas para a proteção do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável na região.

Apesar de ser uma medida inovadora, pode-se destacar outros tratados internacionais anteriores à OC-23/17 que tangenciam o tema. Destaca-se, por exemplo, a Convenção de Cartagena de 1983, que aborda a proteção do meio ambiente marinho na região do Grande Caribe. Ela igualmente prevê que os Estados-parte sejam responsáveis por prevenir, reduzir e controlar a poluição da área jurisdicional, seguindo uma série de obrigações, cujo objetivo é erradicar ou reduzir o dano ambiental, visando a preservação dos direitos humanos dos indivíduos afetados por aqueles males.

Portanto, pode-se afirmar que a OC-23/17 representa uma grande inovação e avanço no âmbito internacional e regional, buscando a eficácia da garantia ao direito ao meio ambiente e aos direitos humanos.

## Considerações Finais

A incorporação do tema “meio ambiente”, advinda do período Pós-Guerra, no âmbito de proteção aos direitos humanos abrange um universo complexo, que trata sobre o direito à qualidade de vida sadia, e por conseguinte, ao direito à vida.

Nesse sentido, afirma-se que a OC-23/17, conforme explicitado no artigo, é uma medida inovadora ao resignificar o conceito de jurisdição, ampliando a sua interpretação. Ela iniciou a incorporação de uma análise e abordagem ampliada da responsabilização internacional extraterritorial, despida de ideias que geralmente acarretam numa visão restrita dos marcos jurisdicionais, que se encontram nas definições tradicionais de territorialidade.

Todavia, ainda existem impasses e restrições que podem acabar por impedir a sua melhor execução em um contexto global e até mesmo regional. Inúmeras vezes o próprio SIDH não é totalmente considerado pelos Estados membros, sob a premissa de infração em suas soberanias. A partir disso, não se pode ignorar a premissa realista das Relações Internacionais de que os Estados vivem em uma anarquia internacional, prezando especialmente pela sua sobrevivência e soberania estatal, fazendo o que mais lhes traz benefícios. Apesar de ratificarem e compartilharem dos princípios previstos pelo SIDH, há a possibilidade que países utilizem o princípio de soberania estatal como justificativa para não exercer determinadas medidas, sejam consultivas ou contenciosas, estabelecidas pela CIDH.

Além disso, a opinião consultiva ainda é uma medida muito recente, res-

ta aguardar pela aplicação de tal visão ampliada no Sistema Interamericano e que esse exemplo seja seguido por outras cortes internacionais. Outra questão relevante diz respeito a realização efetiva da OC 23-17, pois no que tange à proteção do meio ambiente, existe dificuldade em levar os casos à Corte, já que as petições dos indivíduos ou vítimas de um dano ambiental não podem ser enviadas diretamente a ela, e sim obrigatoriamente expedidas para a Comissão. Nota-se uma tendência a levar questões ao SIDH por meios indiretos, como quando se afirma a violação de um direito humano de “primeira geração”, já que uma degradação ambiental pode infringir direitos humanos básicos, como vida ou saúde.

Pode-se afirmar, portanto, que o direito internacional deu um passo importante em direção a uma tutela mais eficaz do meio ambiente. A CIDH adotou uma postura inovadora e uma interdependência em relação a ações pró meio ambiente, sustentabilidade e direitos humanos, já que a jurisdição extraterritorial coloca a responsabilidade além de fronteiras tradicionais e restritas, sob a norma de *jus cogens*, protegendo todos afetados no exterior, incluindo não nacionais do Estado responsável. Conclui-se que essa medida do Sistema Interamericano é um exemplo a ser seguido pelos outros sistemas internacionais de direitos humanos e cortes internacionais, a fim que o direito à vida seja resguardado com eficiência no mundo.

## Referências

ALBUQUERQUE, Leticia. **Poluentes Orgânicos Persistentes**: uma análise da Convenção de Estocolmo. Curitiba: Juruá, 2006.

ALMEIDA, Raquel Santos de. **OPINIÃO CONSULTA OC-23/17 MEIO AMBIENTE E DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: <<https://nidh.com.br/oc23>> Acessado em: 27/09/2019

ARMADA, Charles Alexandre Souza; ANTUNES, Maria Júlia Minella. O “esverdeamento” Da Corte Interamericana De Direitos Hu. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul, p. 39-69, abr. 2020.

BERNARDES, Márcia Nina. **SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS COMO ESFERA PÚBLICA TRANSNACIONAL: ASPECTOS JURÍDICOS E POLÍTICOS DA IMPLEMENTAÇÃO DE DECISÕES INTERNACIONAIS**. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16033946.pdf>> Acessado em: 15/09/2020.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 22 nov. 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2020

CORREA, Paloma Morais. Corte Interamericana de Direitos Humanos: Opinião Consultiva 4/84 - A margem de apreciação chega à América. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 334-354, fev. 2013. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/230232186.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião**

**Consultiva OC-23/17. 15 nov. 2017** (2017b). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serica\\_23\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serica_23_esp.pdf)>. Acesso em: 01/10/2019.

DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO. Jun. 1972. Disponível em: <<http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>>. Acesso em: 01. ago. 2020

ESTATUTO CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. 26 jun. 1945. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/cij/>>. Acesso em: 15 set. 2020

HURRELL, A. 2001. **Global Inequality and International Institutions**. *Metaphilosophy*, v. 32, n. 1-2, p. 34-57, Jan

LIMA, Renata Mantovani de; VELOSO, Natielli Efigênci Mucelli Rezende. A CONCEITUAÇÃO AMPLIADA DA JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL NO SISTEMA INTERAMERICANO PELA OC-23/17: OS AVANÇOS NA INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO AMBIENTAL. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Ufc**, Fortaleza, p.1-12, 30 nov. 2018

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 7. Ed., 2013

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE. **Universidade Estadual do Norte do Paraná (Uenp): Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas**. Paraná, p. 159-186. ago. 2007.

REIS, Rossana Rocha. OS DIREITOS HUMANOS E A POLÍTICA INTERNACIONAL. **Revista de Sociologia e Política**, São Paulo, p. 33-42, nov. 2006.

# PARA ALÉM DOS SISTEMAS REGIONAIS: HÁ ESPAÇO PARA UMA CORTE MUNDIAL DE DIREITOS HUMANOS?

**Belisa Carvalho Nader**

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, Subdivisão de Direito Constitucional, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória/Brasil. Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Espírito Santo/Brasil. Advogada regularmente inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Espírito Santo. Professora do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Pitágoras dos Campi Guarapari e Serra/Brasil. Pesquisadora de Direito Internacional

## **Resumo:**

O artigo analisa a possibilidade de criação da Corte Mundial de Direitos Humanos, no contexto dos Sistemas Regionais e Universal de proteção dos direitos humanos. A criação da Corte Mundial não é isenta de dificuldades, nomeadamente quanto à existência de espaço para tanto no plano internacional. Fundamental, então, é a análise da sua necessidade e viabilidade – tanto política como jurídica – frente ao alcance dos referidos sistemas. De início, parte-se da apresentação dos Sistemas Regionais e, em especial, dos seus mecanismos judiciais de monitoramento. Em seguida, analisa-se a efetividade do Sistema Universal, a partir das limitações dos seus mecanismos políticos. Por fim, identifica-se o enquadramento da Corte Mundial, apontando as suas implicações para a proteção internacional dos direitos humanos. Conclui-se, ao final, que – mesmo diante de uma perspectiva de constante ampliação e universalização – a criação da Corte Mundial de Direitos Humanos deve ser vista com cautela.

**Palavras-chave:** Direitos humanos; Sistemas regionais; Sistema universal; Efetividade; Corte Mundial de Direitos Humanos.

## **Introdução**

A proteção internacional dos direitos humanos é marcada pela coexistência de diferentes sistemas: os Sistemas Regionais, nomeadamente o Europeu, o Americano e o Africano, cada um deles no âmbito de suas delimitações geográficas e correspondentes organizações regionais; e o Sistema Universal,

agora no âmbito global abarcado pela Organização das Nações Unidas.

É possível dizer que os Sistemas Regionais, principalmente em razão da atuação das suas respectivas Cortes ou Tribunais de Direitos Humanos, marcados, inclusive, por algumas atuações paradigmáticas e vanguardistas, alcançam uma posição de destaque na proteção e na efetivação dos direitos humanos.

Diante dessa importância e desse predomínio dos Sistemas Regionais, é importante analisar, também, o alcance e a efetividade, agora, do Sistema Universal. Isso se faz necessário na medida em que, nos últimos anos, viu-se surgir e ressurgir as discussões a respeito da criação de uma Corte Mundial de Direitos Humanos. Embora prevista desde meados do século passado – mais especificamente desde 1947, quando inicialmente pensada juntamente com outras instituições que seriam criadas para a proteção universal dos direitos humanos –, a Corte Mundial, até o momento, não foi concretizada.<sup>1 2</sup>

É preciso deixar claro que a criação da Corte Mundial não é isenta de dificuldades, nomeadamente no que diz respeito à existência de espaço para ela no plano internacional. Daí, então, a importância de se analisar, para além da necessidade, a viabilidade tanto política como jurídica de sua criação, principalmente frente ao espaço já ocupado, em especial, pelas Cortes ou Tribunais Regionais de Direitos Humanos.

Afastando-se de uma análise meramente genérica, busca-se avaliar – ainda que de maneira preliminar – as possíveis vantagens da criação da Corte Mundial, assim como as suas implicações para os Sistemas Regionais e Universal, no intuito de impedir qualquer enfraquecimento à atual proteção internacional dos direitos humanos.

Para tanto, o trabalho parte, num primeiro momento, da apresentação dos Sistemas Regionais e, em especial, dos seus mecanismos judiciais de monitoramento, os quais são os grandes responsáveis pelas conquistas alcançadas no âmbito dos direitos humanos. Logo em seguida, o trabalho analisa a atual efetividade do Sistema Universal, evidenciando agora as limitações e as deficiências dos seus mecanismos políticos, em particular das reclamações individuais, as quais são, justamente, aquelas que fundamentam e demandam

---

1 Nos fins da década de 40, definiu-se que o objetivo da Nações Unidas de promover o respeito aos direitos humanos seria alcançado através de três etapas: a da declaração, a da convenção e a da implementação. A terceira etapa consistiria na criação de instrumentos de monitoramento e execução das obrigações anteriormente assumidas, a qual seria alcançada através da criação de três instituições, quais sejam, o Alto-Comissariado para os Direitos Humanos, o Tribunal Penal Internacional e o Tribunal Internacional de Direitos Humanos ou a Corte Mundial de Direitos Humanos. Ainda que após alguns anos, até mesmo na espera de condições propícias, o Alto-Comissariado para os Direitos Humanos e o Tribunal Penal Internacional foram criados. A Corte Mundial de Direitos Humanos, por sua vez, nem mesmo foi colocada na agenda das Nações Unidas.

2 Embora a Corte Mundial de Direitos Humanos tenha sido imaginada há décadas, a proposta de sua criação ressurgiu em 2008, no âmbito da iniciativa do Governo Suíço para a comemoração dos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. De lá para cá, essa discussão foi ganhando cada vez mais força e adeptos.



a criação da Corte Mundial. E, por fim, o trabalho identifica a posição da possível Corte no âmbito do Sistema Universal, apontando as vantagens e as desvantagens de sua criação, notadamente quanto à real contribuição de um novo mecanismo judicial de monitoramento para o avanço e o fortalecimento da proteção internacional dos direitos humanos.

## **Os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos**

### **As conquistas dos mecanismos judiciais de monitoramento**

Os Sistemas Regionais de Direitos Humanos – nomeadamente os Sistemas Europeu, Americano e Africano<sup>3</sup> – constituem pilares fundamentais da proteção internacional dos direitos humanos. Esses sistemas, uma vez desenvolvidos em âmbitos geográficos delimitados e em contextos de histórias, culturas, expectativas e valores partilhados, alcançam posição de grande relevância na proteção e na efetivação daqueles direitos.

Indiscutível é que, no âmbito internacional, os Sistemas Regionais são, hoje, os que mais efetivamente promovem a responsabilização dos Estados e, por conseguinte, a proteção das vítimas diante de violações tão gravosas. Dos pontos importantes de análise, a garantia de acesso dos indivíduos aos respectivos mecanismos de monitoramento e a adequada reparação ganham destaque, uma vez que interferem diretamente na efetividade da proteção dos direitos humanos no plano internacional.

Isso é possível – em grande medida e para além das circunstâncias, condições e realidades próprias – em razão de tais sistemas contarem com mecanismos judiciais de monitoramento, por meio do qual os indivíduos podem buscar a justiça por violações de direitos humanos cometidas pelos Estados.<sup>4</sup>

Neste sentido, as três grandes regiões apoiaram a ideia de estabelecer verdadeiras Cortes ou Tribunais com jurisdição sobre tratados de direitos humanos. O estabelecimento do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos foi o pioneiro, sendo seguido, algumas décadas depois, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e, já mais recentemente, pela Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

As Cortes ou Tribunais Regionais, definitivamente, têm desempenhado um papel importante e paradigmático na abordagem dos desafios enfrentados pelos direitos humanos.<sup>5</sup> Isso porque, além delas, não existe nenhum outro órgão a nível internacional capaz de receber queixas individuais às quais possa

---

3 Os referidos Sistemas foram desenvolvidos no âmbito das respectivas organizações regionais, quais sejam, o Conselho da Europa, a Organização dos Estados Americanos e a União Africana.

4 A própria noção de direitos – e, neste caso, direitos humanos e fundamentais – exige mecanismos efetivos de acesso à justiça, caso contrário, restariam esvaziados e sem qualquer sentido.

5 Merecido destaque é dado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em especial às suas mais adequadas, completas e avançadas formas de reparação. Para uma análise do modelo americano, nomeadamente neste quesito, remete-se a ANTKOWIAK, 2008.

responder com uma decisão adequada e, além de tudo, vinculativa.

Fato é que cada um desses Sistemas Regionais de Direitos Humanos – Europeu, Americano e Africano – evoluiu a partir de necessidades fundamentais. No entanto, parece ter chegado o momento de se pensar na possibilidade de transportá-los ao nível universal, no sentido de tornar o modelo de sucesso universalmente disponível.

## O Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos

### A (in)efetividade dos mecanismos políticos de monitoramento

Interessante notar que, enquanto os Sistema Regionais de Direitos Humanos apresentam Cortes ou Tribunais de Direitos Humanos cujas decisões – verdadeiramente judiciais – vinculam os Estados, as Nações Unidas confiam o monitoramento da observância de tais direitos a determinados órgãos de caráter meramente político, os quais, simplesmente e de maneira geral, avaliam, apontando realizações e falhas, os relatórios produzidos pelos próprios Estados sobre sua performance nesse campo e produzem, em seguida, recomendações de ações, estas sem qualquer vinculação legal. Além disso, também averiguam as alegações de violações graves e sistêmicas que a eles são levadas, bem como procedem a considerações a respeito de queixas apresentadas pelos Estados ou por indivíduos, ambas, embora com força obrigatória, sem qualquer outro efeito impositivo.<sup>6</sup>

É bem verdade que o referido Sistema Universal não é designado para a real responsabilização dos Estados por violações aos direitos humanos – e nem mesmo para a efetiva reparação das vítimas – mas, sim, para a mera declaração da ocorrência de tais violações diante das normas consagradas, uma vez que não impõe aos Estados nenhuma providência ou medida, apenas manifesta uma visão e espera deles, mediante enorme boa vontade política e comprometimento moral<sup>7</sup>, alguma providência no sentido de fazer cessar ou reparar a violação causada a esses direitos tão caros.

Dessa maneira, o atual Sistema da ONU de proteção dos direitos humanos não se mostra adequado às exigência nesse campo, demandando algumas reformas. Isso porque, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e as várias Convenções sobre o tema não são suficientes à mudança de postura dos Estados em relação ao respeito dos direitos em causa. Como já bem identificou o Alto-Comissariado para os Direitos Humanos, “muitos Estados aceitam os tratados de direitos humanos no nível formal, mas não se engajam

6 Faz-se referência, nomeadamente, ao Conselho de Direitos Humanos, mediante os instrumentos de Revisão Periódica Universal e de Procedimentos Especiais, e aos Comitês de Direitos Humanos – os também chamados *Treaty Bodies* –, mediante o recebimento de queixas estatais e individuais.

7 De acordo com OPSAHL, 1995, p. 431, o impacto das manifestações dos órgãos de monitoramento da ONU depende, simplesmente, da sua aceitabilidade pelos Estados. Isso porque não há qualquer meio de torna-las impositiva ou aplicáveis, para além da autoridade moral do órgão e a potencial pressão da opinião pública.

neles ou o fazem de maneira superficial, seja como resultado de falta de capacidade ou falta de vontade política”.<sup>8</sup>

Ainda, consoante constatações do Alto-Comissariado, o referido sistema de monitoramento da ONU apresenta outras e principais deficiências, em especial relacionadas às queixas individuais – as quais verdadeiramente permitem o acesso direto de vítimas –, tais como: a) falta de visibilidade do mecanismo, raramente percebido como acessível e efetivo, além de não familiar e complexo; b) falta de eficiência, em razão da escassez de recursos, até mesmo humanos, e da demora no pronunciamento e na providência a ser adotada; c) falta de qualidade, uma vez que a percepção de independência e justiça/equidade dos experts é questionada, principalmente em razão de serem eles escolhidos pelos Estados-Membros, além das queixas serem realizadas, apenas, de forma escrita, o que não permite maiores apreciações fáticas, e as deliberações acontecerem em encontros “fechados” e privados; d) falta de efetividade, no sentido de implementação das recomendações, na medida em que não são legalmente vinculantes, constituindo meras visões ou considerações.<sup>9</sup>

Ora, diante da constatação das dificuldades enfrentadas pelo atual sistema de monitoramento dos direitos humanos, diversas propostas têm sido desenvolvidas, embora muitas enfrentem uma ampla gama de objeções legais, políticas, técnicas e financeiras.<sup>10</sup> No entanto, como já bem explana NOWAK<sup>11</sup>, “esforços de reformas só têm chance de concretização se forem viáveis, se responderem aos grandes desafios enfrentados, se proporcionarem um solução duradoura e se forem politicamente alcançáveis. Em outras palavras, para serem intelectual e politicamente atrativas e persuasivas, essas propostas de reforma devem ir além de pequenas adaptações, elas devem ser visionárias sem serem utópicas”.

Nesse contexto, portanto, surge a proposta de criação da Corte Mundial de Direitos Humanos, a qual, consoante os seus defensores, preencheria todos esses requisitos.<sup>12</sup>

---

8 ULFSTEIN, 2008, p. 262, fazendo referência ao Concept Paper on the High Commissioner's Proposal for a Unified Standing Treaty Body, UN Doc. RI/MC/2006/2 (2006), parágrafo. 15.

9 ULFSTEIN, 2008, pp. 263 e ss. No mesmo sentido, já identificando essas mesmas deficiências, ALSTON, 2004, pp. 504 e ss.

10 Uma das propostas a serem citadas consiste na emenda dos tratados sobre direitos humanos das Nações Unidas. No entanto, tal proposta se apresenta bastante incômoda, além de não resolver, *per se*, o problema central relacionado à sua implementação. No sentido de defender, por exemplo, a competência e a atuação dos mecanismos da Organização, apenas reconhecendo a necessidade de algumas pequenas “reformas” em seus procedimentos, STEINER, 2004, pp. 27 e ss.

11 NOWAK, 2008, p. 3.

12 Nascida de iniciativa da Suíça – Estado de grande influência no plano internacional – e apoiada por alguns outros, tais como a Áustria e a Noruega, a proposta de criação da Corte Mundial foi endossada pelos grandes especialistas em direitos humanos.

## A criação da Corte Mundial de Direitos Humanos

### O necessário avanço dos mecanismos de monitoramento

Diante de todas as dificuldades já identificadas, a criação e a instituição da Corte Mundial de Direitos Humanos se apresentam como grande avanço e etapa essencial para a promoção e a proteção dos direitos humanos. Consoante bem argumenta NOVAK<sup>13</sup>, um dos grandes defensores da Corte, “de longe, o método mais efetivo para implementar o direito a um remédio efetivo no direito internacional é permitir o acesso direto dos seus titulares a uma corte internacional de direitos humanos totalmente independente, com poder de entregar julgamentos vinculantes e garantir a adequada reparação às vítimas de violações”.

Com efeito, uma vez apontadas as deficiências do atual Sistema Universal, em especial quanto à falta de visibilidade, eficiência, qualidade e efetividade dos instrumentos de queixas individuais, a instituição da Corte apenas acarretaria mudanças positivas nesses aspectos para o sistema de monitoramento da ONU, no sentido de impor a real responsabilização dos Estados quando de violações aos direitos humanos, bem como estabelecer medidas verdadeiramente reparatórias e adequadas às violações constatadas.

Conforme já demonstra ULFSTEIN<sup>14</sup>, em relação à falta de visibilidade, certamente a Corte tornar-se-ia bastante visível, isto é, sua projeção seria enorme, o que contribuiria para a informação dos indivíduos a respeito de seus direitos e, também, do próprio funcionamento da Corte, bem como para a facilitação do acesso a esta última. Quanto à falta de eficiência, de recursos e da excessiva demora nos pronunciamentos e nas providências dos órgãos, a Corte substituiria todo um procedimento de queixas, tornando-se muito menos burocrática nas suas realizações. Já quanto à falta de qualidade, primeiramente, a Corte seria constituída, quase que inteiramente, por juristas, especialistas, eleitos para atividade em tempo integral e permanente, garantindo, assim, mais confiabilidade às suas decisões, além de verdadeiros inquéritos e apreciação factual e total transparência. Em relação à falta de efetividade, por sua vez, já que as decisões da Corte – agora verdadeiramente judiciais – carregariam maior “peso” legal, sendo, inclusive, vinculantes para os Estados, além de demonstrarem verdadeira independência e confiabilidade, adquiririam força impositiva ou persuasiva bem maior.

É claro, todavia, que tal proposta não se apresenta fácil, no entanto, os benefícios e as melhorias, até então antecipadas, decorrentes da criação da Corte mostram-se essenciais e urgentes à promoção e à defesa dos direitos humanos, tão relegados atualmente.

Certamente, estudos objetivos devem ser realizados no intuito de se estabelecer o melhor modelo possível e adequado às necessidades internacionais, o que já vem ocorrendo, ainda que sem maiores publicidades. Tais

13 NOVAK, 2007, p. 254.

14 ULFSTEIN, 2008, pp. 263 e ss.

estudos, bastante sérios, dedicam-se às questões legais e práticas envolvidas na criação da Corte Mundial, questões estas relacionadas à forma de sua instituição, ao conteúdo de seu suposto estatuto, à sua competência, a todo seu funcionamento, além da sua relação com os demais órgãos da ONU e, principalmente, com os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, entre tantas outras preocupações.<sup>15</sup>

Sendo assim, diante de todas as tentativas sérias de promover a melhoria do Sistema Universal de proteção dos direitos do homem, simplórios argumentos contrários à criação da Corte, tais como as dificuldades na sua adesão, a demora para sua implantação e a fragmentação internacional, não devem prosperar como empecilhos, uma vez que tais problemas são – e já foram – enfrentados em qualquer sistema, até mesmo nos regionais. Na verdade, a própria história mostra que propostas visionárias e mudanças paradigmáticas, embora inicialmente combatidas, já fazem parte hoje do cenário institucional aceito.<sup>16</sup>

Por essa razão, deve-se focar nos supostos avanços e nas adequações à realidade internacional trazidas pela criação da Corte Mundial, principalmente no que diz respeito ao maior acesso dos indivíduos, os quais exigirão respeito e devida reparação aos seus direitos inerentes e fundamentais, além da efetividade na responsabilização e na imposição das resoluções desses conflitos.

Em realidade, a proposta de criação da Corte Mundial de Direitos Humanos deve ser posta em pauta no âmbito das Nações Unidas, ou seja, deve ser objeto de séria consideração, análise e aprofundado estudo, uma vez que tal temática deve ser de primordial interesse dos Estados verdadeiramente comprometidos com a proteção dos direitos humanos.<sup>17</sup>

## **Os reflexos na proteção internacional dos direitos humanos**

Contrariamente à necessidade de criação e instituição da Corte Mundial de Direitos Humanos, surgem posicionamentos que defendem não ser a Corte a verdadeira solução para os desafios enfrentados pelo Sistema Universal de Direitos Humanos mas, sim, uma mera distração. Isso porque, a proposta de criação de um novo mecanismo de monitoramento – agora judicial – não resolveria o profundo problema da proteção dos direitos humanos no plano internacional.

---

15 Dada a impossibilidade prática de se tratar de tais questões com a atenção devida, remete-se, em particular, ao relatório de pesquisa apresentado por SCHEININ, 2008, assim como à proposta do Estatuto da Corte trazida por KOZMA; NOWAK; SCHEININ, 2010.

16 É possível mencionar, por exemplo, a grande relutância enfrentada para a criação do próprio Alto-Comissariado de Direitos Humanos da ONU, assim como do Tribunal Penal Internacional

17 Neste sentido, ANDREEVSKA, 2017, p. 340 argumenta que essa preocupação deveria estar presente naqueles Estados que acreditam nos direitos humanos, na supremacia da lei e na possibilidade de resolução de conflitos por meio do processo judicial.

De acordo com TRECHSEL<sup>18</sup>, a criação da Corte Mundial não é desejável, não é necessária e, por conseguinte, não é suscetível de acontecer. Isso porque, segundo ele, “os conflitos sobre os quais lemos todos os dias não são do tipo que podem ser resolvidos por procedimentos judiciais”, uma vez que não parece ser uma verdadeira preocupação dos Estados a promoção e a proteção dos direitos humanos.

Além disso, o mesmo autor argumenta que já há uma ampla gama de órgãos e comitês – judiciais e não judiciais – que cuidam dos direitos humanos no quadro das Nações Unidas, tais quais o Conselho de Direitos Humanos, o Alto-Comissariado, o Comitê de Direitos Humanos e das diversas convenções internacionais, as Cortes Criminais para a antiga Iugoslávia, Ruanda e Serra Leoa, além, claro, do Tribunal Penal Internacional e da Corte Internacional de Justiça. Não bastasse, atenta, também, para a existência das Cortes Regionais de Direitos Humanos, a Corte Europeia, a Corte Interamericana e a Corte Africana, ainda que alheias ao âmbito da ONU, mas de grande relevância e destaque, conforme já abordado.

Dessa maneira, os Estados, hoje, com base no claro descompromisso com os direitos humanos, se demonstrariam muito relutantes quanto à aceitação de uma nova Corte, ou seja, quanto à instituição de mais um mecanismo, agora judicial, de controle de suas atividades. Como consequência, o processo de aceitação, ratificação e submissão à Corte Mundial se mostraria bastante dificultado, o que restaria por tornar a sua criação praticamente improvável.

Neste sentido, mais uma vez TRECHSEL<sup>19</sup> assim explica: “hoje, os Estados sabem que nenhum deles está imune a denúncias de violação de direitos humanos. O processo de ser acusado publicamente de ter violado tais direitos é algo de que eles não gostam definitivamente. Eles podem, então, ser muito mais relutantes em concordar em se submeter a tal sistema de controle.” Portanto, finaliza, “realisticamente falando, eu imagino se, hoje, uma Corte Mundial dos Direitos Humanos seria mesmo desejável, se valeria a pena o esforço”.

Para além de questões concernentes à inviabilidade política da Corte, normalmente abordadas pelos contrários à sua criação, ALSTON apresenta outras preocupações ou questionamentos, agora relativos ao próprio futuro dos direitos humanos.

De início, o autor explana que a judicialização internacional – e, neste caso específico, universal – não é, per si, suficiente para garantir a proteção dos direitos humanos. Segundo ele, “as Cortes não funcionam num vácuo. Para serem vistas como legítimas e aspirarem à efetividade, elas devem ser parte integrante de um sistema mais amplo e profundo de valores, expectativas, mobilizações e instituições”<sup>20</sup>.

Ainda, segundo o autor, a criação da Corte Mundial, com toda a sua

18 TRECHSEL, 2004, p. 3.

19 TRECHSEL, 2004, p. 5.

20 ALSTON, 2014, 206.

amplitude e o seu enfrentamento com os demais sistemas jurídicos, poderia trazer repercussões desastrosas para a proteção dos direitos humanos. Isso porque, o grau de heterogenidade submetida à Corte seria enorme, o que pode ser prejudicial à adequada proteção dos direitos humanos, já que nem toda violação deve ser tratada ou resolvida em nível universal. Neste ponto, certamente, os mecanismos regionais – como bem já pontuado – permitem maiores e melhores respostas a estas violações. Neste sentido, a criação de uma Corte Mundial de Direitos Humanos pode levar à prestação jurisdicional inadequada e, conseqüentemente, ao próprio enfraquecimento da proteção internacional dos direitos humanos.<sup>21</sup>

Portanto, já alerta ALSTON<sup>22</sup>, “não existe solução mágica para desafios tão vastos e complexos e a busca por uma é, em si, enganadora”. E finaliza o autor: “uma cultura de direitos humanos precisa ser nutrida em todos os níveis”.

## Conclusão

Após todas as considerações expostas, é tempo de avaliar a necessidade e a viabilidade de criação da Corte Mundial de Direitos Humanos. Vale lembrar, no entanto, que o objetivo do trabalho não foi, de maneira nenhuma, encerrar mas, pelo contrário, dar início a um debate sobre o tema.

Para tanto, ao longo da exposição, buscou-se identificar as possíveis vantagens e as desvantagens da criação da Corte Mundial, notadamente quanto à real contribuição de um novo mecanismo judicial de monitoramento para o avanço e o fortalecimento da proteção internacional dos direitos humanos.

De início, resta indubitável que reformas e melhorias no Sistema Universal de Direitos Humanos são desejáveis, necessárias e urgentes. Tal afirmação é verificada, inclusive, ao se perceber que o mecanismo judicial de monitoramento se apresenta como o mais efetivo e aquele que garante, verdadeiramente, a proteção e concretização dos direitos humanos. Nesse sentido, a criação e a instituição da Corte Mundial de Direitos Humanos corresponderia, justamente, a esta demanda por um sistema mais efetivo.

Embora seja possível identificar, à primeira vista, algumas vantagens, a criação da Corte Mundial deve ser vista com cautela no atual contexto internacional, no intuito de impedir um afastamento ou um retrocesso no comprometimento estatal com a proteção dos direitos humanos, comprometimento este já tão arduamente alcançado, embora também sempre posto em cheque, em especial mais recentemente. Isso porque, não há dúvidas de que o sistema internacional de direitos humanos está, hoje, sob ataque contínuo de diversas frentes.

Se, por um lado, a viabilidade jurídica da Corte Mundial parece já estar demonstrada e, até mesmo, alcançada, a sua viabilidade política se apresenta,

21 ALSTON, 2014, p. 208-209.

22 ALSTON, 2014, p. 210.

ainda hoje, como o principal entrave para a sua criação, uma vez que o real compromisso dos Estados com a proteção dos direitos humanos se encontra no cerne de qualquer discussão a este respeito, assim como no núcleo de qualquer proposta de mudança.

Ainda assim, pode-se - e deve-se - concluir que a perspectiva de ampliação e evolução da proteção internacional dos direitos humanos – inclusive mediante a criação de uma Corte Mundial de Direitos Humanos – deve, sempre, estar em pauta e se mostrar presente e incessante, a ponto de, num futuro próximo, alcançar a sua real universalidade.

## Referências

ALSTON, Philip. Against a World Court for Human Rights. **Ethics and International Affairs**, 28, n. 2. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 197-212.

ALSTON, Philip. Beyond ‘them’ and ‘us’: putting treaty body reform into perspective. In: ALSTON, Philip; CRAWFORD, James (eds.). **The future of UN Human Rights Treaty Monitoring**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 501-525.

ANDREEVSKA, Elena. The future of human rights toward a World Court of Human Rights: reasons for the establishment. **Challenges of the Knowledge Society Journal**. Nicolae Titulescu University Publishing House, 2017, pp. 337-346.

ANTKOWIAK, Thomas M. Remedial approaches to human rights violations: the Inter-American Court of Human Rights and beyond. **Columbia Journal of Transnational Law**, vol. 46, n. 2. New York: The Columbia Journal of Transnational Law Association, 2008, pp. 351-419.

KOZMA, Julia; NOWAK, Manfred; SCHEININ, Martin. **A World Court of Human Rights: consolidated statute and commentary**. Vienna: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2010.

NOWAK, Manfred. **Research Proposal relating to a World Court of Human Rights**. Research report within the framework of the Swiss Initiative to commemorate the 60th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights, 2008.

NOWAK, Manfred. The need for a World Court of Human Rights. **Human Rights Law Review**. Vol. 7. Issue 1. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 251-259.

OPSAHL, Torkel. The Human Rights Committee. In: ALSTON, Philip (ed.). **The United Nations and human rights: a critical appraisal**. Oxford: Oxford University Press, 1995, pp. 369-443.

SCHEININ, Martin. **Towards a World Human Rights Court**. Research report within the framework of the Swiss Initiative to commemorate the 60th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights, 2008.

STEINER, Henry J. Individual claims in a world of massive violations: what role



for the Human Rights Committee? In: ALSTON, Philip; CRAWFORD, James (eds.). **The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 15-53.

TRECHSEL, Stefan. A World Court of Human Rights? **Northwestern Journal of International Human Rights**, Article 3, Volume 1, Issue 1, 2004.

ULFSTEIN, Geir. Do we need a World Court of Human Rights? In: ENGDAHL, Ola; WRANGE, Pål (eds.). **Law at War: The Law as it Was and the Law as it Should Be**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008, p. 261-272.

# MULHERES EM ÊXODO: DESLOCAMENTO FORÇADO DAS MULHERES AFRICANAS (CONGOLESAS) EM DECORRÊNCIA DE CONFLITOS ARMADOS E A PROTEÇÃO PELO SISTEMA AFRICANO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

**Natanael Fona Gomes**

Acadêmico do Direito

## **Resumo:**

Esse artigo procura apresentar a correlação entre o deslocamento forçado das mulheres inseridas nos ambientes de conflitos armados e a proteção pelo Direito Internacional Humanitário e Sistema Africano dos Direitos Humano e dos Povos por meio dos tratados, convenções e protocolos adicionais. Foram realizados levantamentos bibliográficos, documental e das normativas sobre o tema, assim também a coleta de dados oficiais emitidos pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados e a Organização Internacional de Migração. De acordo com os resultados obtidos, o Direito Internacional Humanitário possui vários artigos que regulam a proteção das mulheres envolvidas nos conflitos armados. Não obstante o Sistema regional Africano adota também protocolos e convenções que regulam especificamente sobre a violência de gênero nos locais onde existem enfoques dos conflitos. No entanto a não eficácia plena desses instrumentos normativos acaba resultando no êxodo em massa das mulheres.

**Palavras-chave:** Deslocamento; Violência; Gênero; Guerra.

## **Introdução**

O conflito armado continua sendo uma dos fatores primordiais no agravamento da situação da crise imigratório mundial, cada ano milhares de pessoas fogem dos seus “lares” em busca pelos territórios mais seguros. As mulheres representam um dos grupos mais afetados tendo em vista a vulnerabilização histórica a qual sempre foram submetidas, o que reflete de uma

forma inequívoca nos ambientes de conflitos armados onde imperam a violência generalizada. O objetivo deste artigo é estudar as normas Internacionais e regionais do Sistema Africano dos Direitos Humanos no que tange a proteção às mulheres nos ambientes de conflitos, bem como as suas eficácias e aplicabilidades no continente africano, em especial na República Democrática do Congo.

A abordagem da investigação do presente estudo parte de método indutivo para analisar de que forma os tratados internacionais e regionais africanos relativos aos direitos das mulheres são assegurados em prol daquelas que vivem nas zonas de conflitos, com recorte a República Democrática do Congo e a existência da correlação entre a sua proteção e o deslocamento forçado. Para tanto, foram realizadas pesquisas bibliográficas, documental e das normativas Internacionais e Regionais- Africano sobre o tema, assim também a coleta de dados oficiais emitidos pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) e a Organização Internacional de Migração (OIM).

Apresenta-se assim, o tema perpassado pelos fundamentos principiológicos dos Direitos Humanos, estabelecidos os parâmetros críticos entre as letras dos tratados e convenções que tutelam os direitos das mulheres nas zonas de conflitos e a sua efetivação. Através desse estudo se pretende indicar as lacunas e fragilidades que os países do continente africano em conflito armados apresentam, impossibilitando-os de conceder às mulheres à proteção contra violência, visando contribuir desta forma para sua superação. Não obstante, a verificação da existência de normativa Regional Africana específica para o enfrentamento da violência e sua interface com o gênero perante situação de guerra.

A primeira seção do artigo trata de forma geral sobre a situação dos deslocados no mundo com recorte ao continente africano, expondo essa intrínseca relação entre o deslocamento forçado e o conflito armado; a segunda parte demonstra os instrumentos normativos internacionais de proteção e sua eficácia. No final abordou-se um caso emblemático de condenação pelo Tribunal Penal Internacional o ex-comandante militar da República Democrática do Congo pelos crimes de guerra.

## **A Relação Entre o Deslocamento Forçado e os Conflitos Armados em África**

De acordo com os dados oficiais divulgados pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), no ano 2018 mais de 70 milhões de pessoas no mundo se deslocaram de forma forçada em decorrência de conflitos, dentre esse número a maioria são de crianças e mulheres, que representam as parcelas das populações vulneráveis e mais afetadas. A violência indiscriminada, perseguição, repressão e violação dos direitos humanos são os elementos mais relevantes e decisivos em deslocamento dos civis, fazendo

com que o contingente dos refugiados e deslocados internos aumente significativamente ao longo dos últimos anos, impondo desafios ao respeito aos direitos inerentes a pessoa humana (SILVA, 2017).

Não obstante, no continente africano existem países onde ainda se verificam os enfoques dos conflitos, nos quais imperam a anarquia, violências e brutalidades; tratam-se na maioria das vezes das guerras internas dentro dos limites dos territórios nacionais, que atingem indiscriminadamente a população civil, criando assim desafios em relação à proteção dos direitos humanos dos indivíduos que vivem nessas localidades, em especial das populações mais vulneráveis (DÖPCKE, 2004).

É de suma importância destacar que a maioria dos conflitos armados no continente Africano acontece entre os Estados e grupos não estatais (dissidentes), disputas essas conhecidas popularmente como “guerras civis”, cujos resultados são os ataques indiscriminados à população civil, o uso do corpo feminino como arma e estratégia de guerra através de abusos sexuais, escravidão, etc. (AGUILAR, 2018).

Perante as graves e sistemáticas violações dos Direitos Humanos verificadas nos ambientes de conflitos armados, as mulheres se tornam vítimas primárias, tendo seus direitos negados, resultando nas violências física, psicológica, moral, dentre outras, com objetivos de humilhar, menosprezar e intimidar. Essa realidade vivida pelas vítimas vai à contramão aos tratados internacionais que versam sobre a proteção humana, e em especial o princípio da dignidade da pessoa humana que abarca os valores considerados universalmente invioláveis, inerentes a pessoa humana, sem a discriminação que qualquer que seja a natureza.

## **Proteção Internacional às Vítimas do Conflito Armado no DIH**

Na busca pela diminuição de sofrimento da população nos ambientes de extrema e generalizada violência, levou as grandes potências mundiais na criação de instrumento normativo jurídico de cunho humanitário que visa tutelar a proteção dos mais vulneráveis inseridos em um conflito armado, conhecido hoje como Direito Internacional Humanitário (DIH) tendo como premissa principal a concessão de segurança a todos aquelas que não estão envolvidas diretamente nos combates (DEYRA, 2001).

O DIH é o instrumento jurídico que regula as relações dos conflitos armados, tendo como a espinha dorsal a proteção da população civil ou indivíduos particulares; hoje serve como molde das condutas exigidas nas guerras, tendo finalidade – por motivos humanitários- à conservação do direito dos que não participam ou não podem mais participar das hostilidades, obrigando assim que se respeitem as suas vidas e suas integridades físicas e mentais.

Esse instrumento normativo internacional se aplica a todos os beligerantes, por meio das medidas impostas que devem ser adotadas em prol da promoção dos direitos humanitários. É de suma importância destacar que o

DIH também é aplicado nos conflitos não internacionais, ou seja, aqueles entre as forças armadas de um Estado e grupos armados organizados não estatais ou entre os grupos entre si, tendo desta forma a sua validade e aplicabilidade nas “guerras civis” que assolam o continente africano (CICV, 2015).

O DIH reconhece a vulnerabilidade das mulheres razão pela qual versa sobre a sua proteção quando envolvidas numa guerra, como dispõe no seu estatuto:

As necessidades específicas em matéria de proteção, saúde e auxílio das mulheres afetadas pelos conflitos armados devem ser levadas em consideração. Mulheres grávidas e mães jovens devem ser tratadas com particular cuidado. A proibição da violência sexual se aplica de igual forma a homens e mulheres, mas com frequência são as mulheres que sofrem a maior parte dos casos de violência sexual ocorridos durante conflitos armados. Portanto, as mulheres têm uma necessidade específica de proteção contra toda forma de violência sexual (CICV, 2016).

Embora que o DIH assegura a inviolabilidade dos Direitos Humanos das mulheres face ao conflito armado reconhecendo-as como um dos grupos vulneráveis, porém o modelo para a sua aplicabilidade é considerado inoperante em um continente que ainda atravessa sérias de dificuldades principalmente a financeira (BALDI, 2004). A falta de fiscalização, as regiões remotas nas quais existem esses enfoques dos conflitos, torna-se quase inviável a observância e a eficiência dos direitos ora assegurados pelo DIH, resultado disso é o deslocamento em massa da população civil.

Os problemas enfrentados no continente Africano como, por exemplo, inoperância do sistema judiciário de vários países leva uma conclusão que a qualidade da proteção legal dos direitos humanos na África ainda está longe de atingir o patamar “ideal”, e as condições improváveis impostas em um continente subdesenvolvido como sendo paradigma para efetivação da proteção integral aos Direitos Humanos, significa condená-los a marginalidade (BALDI, 2004).

## **Disposição da Proteção às Mulheres no Sistema Regional Africano dos Direitos Humanos e dos Povos**

Apesar de a Declaração Universal dos Direitos Humanos vincula todos os Países/Estados membros numa visão universal, todavia, os sistemas regionais de direitos humanos vêm demonstrando suas vantagens e importância, concedendo não apenas o respeito aos preceitos legais internacionais estabelecidos nas cartas das Nações Unidas, como também os costumes, valores e princípios peculiares dos países da região são levados em consideração, o que os torna mais receptivos (BALDI, 2004).

Sob este prisma a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos

(CADHP) no seu preâmbulo afirma o compromisso de promoção intransigente dos Direitos Humanos no continente africano, o que representa um marco importante para esse continente que possui a história marcada pelos conflitos que reverbera nas violações sistemáticas dos Direitos Humanos; a partir dessa perspectiva coletiva, todos os países-membros da União Africana devem garantir a promoção dos direitos nela contida (PIOVESAN, 2011).

Versa o artigo 2º da CADHP o princípio de não discriminação no que tange aos direitos reconhecidos e garantidos pela organização da União Africana. O gozo integral desses direitos independe do sexo ou gênero, o que significa que as mulheres também desfrutam dessa proteção. O Artigo 18 por sua vez, exorta que sejam empenhados os esforços e zelo pelos países no sentido de eliminar todas as formas de discriminação contra a mulher, bem como assegurar a proteção dos direitos da mulher.

Tendo em vista à preocupação com a continuidade de violências contra as mulheres e a discriminação no continente africano, criou-se o Protocolo à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, Relativo aos Direitos da Mulher em África, a Convenção de Kampala- Convenção da União Africana Sobre a Proteção e Assistência as Pessoas Deslocadas Internamente em África e a Convenção sobre aspectos específicos dos problemas dos refugiados em África.

A Convenção Sobre Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados em África, foi instituída como resposta a número crescente de refugiados no continente, reconhecendo a necessidade de aliviar o sofrimento dos civis envolvidos nos conflitos, razão pela qual criou-se séries de medidas e mecanismos que os países-membros precisam adotar a fim de garantir a recepção e proteção aos deslocados internamente. As mulheres foram contempladas na referida convenção, ganhando assim a proteção especial.

A adoção de Convenção da União Africana sobre a Proteção e Assistência às Pessoas Deslocadas Internamente na África (Convenção de Kampala), representa um marco importantíssimo no que tange a proteção dos civis vítimas de deslocamento forçado, tendo em vista o seu pioneirismo na definição de normas para proteger dos indivíduos deslocados por causa da violência generalizada. Considerado o primeiro instrumento mundial legalmente vinculante sobre deslocados internos, com as normas se baseiam em as existentes do DIH e do Direito Internacional dos Direitos Humanos (CICV, 2015).

O reconhecimento da vulnerabilidade das mulheres está presente na referida convenção, como versa o art. 9d, a necessidade e obrigação dos estados em protegê-las de toda e qualquer forma de violência baseada no gênero, se não vejamos:

*“Os Estados Parte protegem os direitos das pessoas deslocadas internamente... d) Violência de Gênero, nomeadamente a violação sexual, prostituição forçada, exploração sexual e as práticas nefasta...”*

O Protocolo à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos Relativo aos Direitos da Mulher em África foi instituído como complemen-

to para eficácia da promoção dos direitos das mulheres em África, tendo em vista a necessidade de promoção e proteção dos direitos relativos ao gênero feminino, avocando o reconhecimento dos direitos da Mulher garantidos em todos os instrumentos internacionais.

O artigo 11 do O Protocolo à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, Relativo aos Direitos da Mulher em África, disciplina medidas de proteção às mulheres inseridas em contextos de conflitos armados, por meio da responsabilização do Estado em aplicar as normas previstas no DIH, e a prevenção das violências baseadas no gênero como exploração sexual, consideradas uma das práticas mais nefastas e generalizadas nos ambientes de conflitos.

## **A Violência de Gênero e Deslocamento das Mulheres na República Democrática de Congo**

A África abriga mais de um terço dessa população global em deslocamento; só no ano 2018 cerca de 17, 8 milhões de pessoas se deslocaram internamente, 7, 4 milhões de refugiados e 720.000 de apátridas. O conflito armado continua representando ainda uma das causas principais que levam milhões de pessoas a se deslocar na busca pelo território mais seguro (IDMC, 2019). Segundo Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC), as batalhas mais devastadoras no ano de 2018 ocorreram em República Centro-africana, República Democrática do Congo, Nigéria e Sudão do Sul; considerados países emergenciais pelo ACNUR, cuja soma dos deslocados de forma forçada no ano de 2018 ultrapassam 17 milhões de pessoas, e esse número tem aumentado (IDMC, 2019)

No ano 2018 a República Democrática do Congo registrou 4, 5 milhões de deslocados internos, e mais de 735000 refugiados, números estes provenientes do levantamento feito pelo ACNUR. De acordo com os dados oficiais da OIM (2020), esse país ocupa a segunda posição no que concerne a número de deslocamento em toda África e no mundo, fruto de conflito armado que alastra por longos anos, envolvendo dezenas de grupos armados (IDMC, 2019)

A prevalência da violência baseado no gênero no Congo atinge números alarmantes, só na região de Kivo do Norte foi relatado 4. 649 casos de violência de janeiro a junho de 2018, O Kivu do Sul também viu um aumento nos casos de violência sexual. No território de Shabunda milhares de relatos de relatos de estupro em massa, pelo menos 98% dos incidentes de violência relatados são casos de violência sexual, cujas vítimas mulheres de 18 a 39 anos. Menores, incluindo crianças de 6 meses a 13 anos, também são afetados (UNOCHA, 2018).

Nas situações como essa a impunidade tem sido a regra, as mulheres sofrem de todo tipo de violência o que as impulsiona ao êxodo, e os Estados não conseguem concedê-las o amparo necessário. Mesmo perante essas

omissões estatais e violações dos protocolos regionais, e todos os documentos que versam sobre a proteção dos Direitos Humanos das mulheres, existe uma inoperância por parte das instâncias regionais africanas em processar e julgar os atores desses crimes, o que acaba levando as instituições internacionais a assumirem a responsabilidade de assegurar os Direitos Humanos tutelados por meio da pretensão postulatória dos Estados perante o Tribunal Penal Internacional.

Um caso memorável que merece destaque é a condenação do ex vice presidente da República Democrática do Congo Jean-Pierre Bemba pelo Tribunal Penal Internacional, por ter envolvido de forma direta no conflito armado, sendo o comandante do Exército de Libertação do Congo. Essa instância Internacional de Justiça o responsabilizou pelos crimes de guerra cometidos por seus subordinados, segundo a argumentação proferida, o réu tinha conhecimento das atrocidades que a sua milícia armada cometia inclusive o uso de violência sexual como arma de guerra, abrindo o precedente da jurisprudência internacional de responsabilização do comandante pelos crimes dos seus subordinados (CAPELA, 2007).

É importante destacar que a legitimidade desse tribunal surgiu após a instituição do Estatuto de Roma, cuja competência está voltada à resolução dos conflitos internacionais os quais os Estados não foram capazes de solucionar, principalmente nos casos de crimes contra a humanidade e as violações dos direitos humanos assegurados pelos tratados internacionais.

Embora que a defesa do Jean-Pierre Bemba tenha sustentado a alegação de que apenas as instâncias africanas possuem a competências para julgar no referido processo, e que já haviam decidido em não prosseguir com a pretensão punitiva, essas alegações foram rejeitadas pela Corte Internacional, impondo a condenação fundada no “princípio do comando” ou da “responsabilidade superior” (IESUE, 2016).

É de suma importância destacar que a atuação do Tribunal Penal Internacional tem sido questionado pelos Estados africanos, alegando que essa instância judicial tem desempenhado o papel laivo pós-colonial, acarretando nas pretensões manifestas de abandonar ou sair do estatuto que assegura a sua legitimidade (CAPELA, 2017).

Essa realidade mostra o grande déficit e os desafios que o continente Africano tem enfrentando no que concerne a proteção integral aos Direitos Humanos relativo aos direitos das mulheres, mesmo as instâncias que possuem essa competência acabam sendo omissos perante as atrocidades. Em que pese ao questionamento da legitimidade do Tribunal Penal Internacional por parte dos Estados africanos, reflete na instabilidade jurisdicional em uma perspectiva de punição dos atores das violações dos direitos humanos.

Segundo o Baldi (2004), para que a proteção vigente no sistema regional africano possa surtir os efeitos ora esperados, é necessário que haja estabilidade política, a disponibilidade de recursos econômicos para que as vítimas possam ter acesso a esses órgãos, a capacidade e a vontade do povo de recor-



rer a Corte quando seus direitos forem violados, como também, cabe aos estados adoção de séries de medidas legislativas internas. Os fatores como baixo nível e qualidade de comprometimento político, falta de maturidade política, indisponibilidade de recursos econômicos, a não implementação das políticas educacionais acabam servindo de empecilho na concretização da proteção integral dos direitos humanos.

## Considerações Finais

O conflito armado continua sendo uma dos grandes impulsionadores do deslocamento forçado da população civil no mundo, cada ano milhares de pessoas abandonam suas comunidades, vilarejos, países, etc., e partem em uma caminhada árdua na busca pelos territórios mais seguros. As mulheres representam um dos grupos mais vulneráveis e afetados.

Não obstante, o continente africano tem sido palco de inúmeras guerras civis com as dimensões catastróficas, atingindo de forma indiscriminada a população civil, fazendo com que o contingente dos deslocados, seja interno ou externo aumente significativamente ao longo dos anos, situação essa que impõe os desafios em relação à proteção dos Direitos Humanos.

O objetivo inicial da presente pesquisa visa analisar os tratados Internacionais e regionais do Sistema Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, relativo a proteção dos Direitos Humanos das mulheres inseridas no ambiente do conflito armado, e suas repercussões no âmbito de deslocamento forçado dessa população.

Durante os levantamentos feitos, constatou-se que os tratados internacionais relativos aos direitos humanos das mulheres que vivem nos ambientes de conflitos armado são inúmeros, destaque especial ao DIH. Da mesma forma o Sistema Regional Africano dispõe de tratados, convenções e protocolos que disciplinam de forma específica sobre a proteção contra violência de gênero nas localidades em que se verificam as guerras civis.

O maior problema enfrentado pelos países do continente africano atravessados por guerras civis é a efetividade da aplicação dessas normas internacionais e regionais, o que acaba deixando as mulheres desamparadas vítima das violências indiscriminadas, atos esses que vão à contramão do princípio da dignidade da pessoa humana. Tendo em vista a não observância desses tratados face às violações dos Direitos Humanos, o sistema africano não consegue atender a demanda jurisdicional de forma efetiva devido a sua incipiência e fragilidade. Os países acabam recorrendo à corte internacional de justiça (Tribunal Penal Internacional), entretanto, este tem sido alvo de críticas por parte dos Estados Africanos por entenderem que desempenha a função de um tribunal pós-colonial que julga apenas os africanos.

## Referências

AGUILAR, S. L. C. **Conflitos contemporâneos na África**. Rev. Unespiciencia,

São Paulo, 2018.

BALDI, C. A. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita. A Proteção legal dos direitos humanos na África:** como fazer mais com menos. An- Na'im, A. A.; Pag. 429- 464. Renovar, 2004.

CAPELA, F. **Jean-Pierre Bemba Gombo & o procurador:** Jogo de espelho no TPI. Relações Internacionais; Rev. Scielo. Junho, 2017.

COMITE INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (CICV). **Direito Internacional Humanitário (DIH):** Respostas as suas perguntas. Genebra, Suíça 2015. Mulheres e guerras. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/document/mulheres-e-guerra>. Acesso em 11 Jul. 2019

DEYRA, M.; **Direito Internacional Humanitário.** Procuradoria Geral da República Lisboa, 2001

DÖPCKE, W. **Paz e guerra na África.** Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/10060>. Acesso em 24 Jul 2019.

IENSUE, G.; **Prosecutor versus Jean-Pierre Bemba Gombo:** o tribunal penal internacional e a responsabilidade do comando; Rev. Portal Periódicos. Joaçaba, 2016.

INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE (IDMC); **Africa Report On Internal Displacement**, 2019; Disponível em: <http://www.internal-displacement.org/africa-report>. Acesso em 10 de Jan. 2020.

PIOVESAN, F.; **Direitos Humanos e Justiça Internacional. capítulo vi-Sistema Regional Africano de proteção dos direitos humanos.** pag. 161- 175.; Saraiva, 2011

SILVA, D. F.; **O fenômeno dos refugiados no mundo e o atual cenário complexo das migrações forçadas.** Rev. Brasileira de Estudos de População. São Paulo, 2017

UNITED NATION OFFICE FOR THE COORDINATION OF HUMANITARIAN AFFAIRS (UNOCHA); **Apersu des besoins humanitaires, République Démocratique du Congo 2018.** Disponível em: <https://www.humanitarianresponse.info/en/operations/democratic-republic-congo/document/rd-congo-aper%C3%A7u-des-besoins-humanitaires-2018>. Acesso em 02 de Jan. 2020.

# WOMEN'S HUMAN RIGHTS AND INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATES – MARIA DA PENHA CASE

**Anne Michelle Schneider**

Student of Master in International and European Law in Coimbra University, Master in Criminology in Fernando Pessoa University, Post graduated in Human Rights in Ius Gentium Conimbrigae/Coimbra University, Lawyer in Brazil and Portugal

## **Abstract:**

The paper proposes to discuss the women's human rights and the responsibility of states for internationally wrongful acts, through the Maria da Penha case against Brazil. The public recognition of the international responsibility of a State for omission had significant and positive repercussions in the promotion of gender equality. Despite this, the situation of gender-based violence against women still deserves attention from the international community. In order to do this research, we used the qualitative method. The sources of research are documentary and bibliographic. As a result, it was found that the public recognition of Brazil's omission by the Inter-American Commission on Human Rights gave rise to a initial revolution in the legal system of Brazil, but the framework created was not enough to reduce the rates of violence against women in Brazil, which are progressing.

**Key words:** Women's Human Rights; International Law; Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts; Inter-American Human Rights System; Gender-based violence.

## **General considerations**

The idea of responsibility is the basis of any society<sup>1</sup> and refers to the sense those who do not observe a legal obligation should be held accountable for the damages resulting from this violation, a notion that also applies to the field of international law<sup>2</sup>, in which the principle of international responsibility, elevated to the category of *jus cogens*<sup>3</sup>, supports the international commu-

---

1 Mello, C. D. A. (2001). *Curso de direito internacional público*. Volume 1. Rio de Janeiro: Editora Renovar. p. 501.

2 Dupuy, Pirre-Marie (1998). *Droit International Public*. Paris, França: Editora Dalloz. p. 412

3 Miranda, J. (2012). *Curso de direito internacional público*. Parede: Editora Príncípa. p. 346.

nity, which may react to the violation of the international legal order and require the re-establishment of its order by reparation for the damage caused<sup>4</sup>, which must be integral.

However, in the international field, the notion of responsibility takes a new, more extensive form, because it has repercussions both on political relations between states and on relations between a State and its citizens. It has effects both externally and internally. Therefore, it is not an independent institution, since it cannot be understood only in the direct asset aspect of the violation of substantive international law precedes it.<sup>5</sup>

It is expanded because, although it has common points with classical civil responsibility and even with criminal responsibility, it also has characteristics that make it deeper in relation to these fields. In fact, the international responsibility of a State has repercussions on the patrimonial aspect of the State, which characterizes civil liability, and also has a symbolic and stigmatizing effect, which is one of the marks of criminal responsibility. This occurs in order for the punishment to reach the State as a political entity, interfering in relations with other States and other subjects of international law and also in the state's own internal relations with its population, as is the case under study, whose recommendations made by the Inter-American Commission on Human Rights influenced the construction of a legislative framework more protective of women at all levels and spheres of state action.

In practical terms, the responsibility of States for internationally unlawful acts does not require the analysis of the intention, since it stems from conduct contrary to international law, arising from the violation of an international standard to which the State was obliged to comply, and which it did not observe, either from a frontal violation of the international standard (by action), either by an omission (did not act when it was mandatory to do in accordance with the international law).

## **Maria da Penha Case**

Maria da Penha Fernandes, together with Center for Justice and International Law – CEJIL and the Latin American Committee for the Defense of Women's Rights – CLADEM, offered before the Inter-American Commission on Human Rights a complaint against the Federative Republic of Brazil, accusing the country of being tolerant of acts of violence committed by her husband, Mr. Antônio Heredia Viveiros, in 1983, characterized as two attempted murders, which caused him irreversible paraplegia.

The acts of violence were committed in May 1983, the Commission received the complaint on August 20, 1998, which was transmitted to the Bra-

---

4 Ramos, André de C. (2005). *Responsabilidade Internacional do Estado por violação de Direitos Humanos*. Revista CEJ, V. 9 n. 29 abr./jun. 2005. It can be found at: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/663/843>>.

5 Dupuy, Pirre-Marie (1998). *Droit international public*. Paris, France: Editora Dalloz. p. 412

zilian State on October 19, 1998, an opportunity in which information was requested about it.

In view of Brazil's lack of response, on August 2, 1999, petitionary whistleblowers requested the application of Article 42 of the Commission Regulation to make the facts reported in the complaint true, and the Commission reiterated the request for information to Brazil on August 4, 1999, alerting to the possibility of applying the aforementioned presumption, and again Brazil has silently squealed.

On 7 August 2000 the Commission made itself available to the parties for 30 days for a consensual solution, as provided for in Article 48,1(f) of the Convention and 45 of the Commission Regulation.

Until the date of the Report, 4 April 2001, none of the parties had submitted any response, which is why the Commission considered that no consensual solution could be reached and made the report being examined public.

In the report<sup>6</sup>, the alleged facts were presumed as true, especially that the Criminal Prosecution offered by the Prosecutor's Office, on September 28, 1984, against Mr. Antônio Heredia Viveiros, for the acts committed against Ms. Maria da Penha, did not have the correct procedural treatment by the Brazilian Justice, since: (1) the Brazilian judiciary took 8 years to reach a conviction by the Jury, delivered only on 4 May 1991; (2) received and judged the appeal against the judgment of pronouncement, an appeal that manifestly exemporary, which was dismissed only on April 3, 1995, assisting the inadequate extension of the process and, therefore, the punishment of the aggressor according to local laws; (3) received and judged the appeal against the decision of the Jury Court, an appeal also manifestly unlawful, which was confirmed by the competent Court of Justice, annulling the jury's decision on 4 May 1995, which further extended the proceedings and postponed the punishment of Mr Heredia; (4) held the second trial by the Jury Court on March 15, 1996, Mr. Heredia was sentenced again to 10 years and 6 months in prison, the Court of Justice of the State of Ceará received the appeal appeal and until the date of filing the petition before the Commission (1998), the appeal had not been tried, importing, at the time of the report analyzed, a total of 15 years of procedural proceedings without reaching a final decision, period in which Mr. Heredia had remained at liberty, even after being convicted by the Jury, with the risk of the prescription of the crime after 20 years, with the consequent impunity of the aggressor and consequent impossibility of indemnification to the victim; (5) the case is not an isolated decision in Brazil and represents an example of the pattern of impunity in cases of domestic violence against women in Brazil, where a large number of complaints do not

---

6 Organization of American States, Inter-American Commission on Human Rights (2000). Report n° 54/01\*, Case 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes Against Brazil, April 16, 2001. It can be found at: <<http://cidh.org/annualrep/2000eng/ChapterIII/Merits/Brazil12.051.htm>>.

even become lawsuits (many are not even investigated, instilling prescription even before the complaint) and even even culminate in convictions.

In view of this, the Commission acknowledged that the Federative Republic of Brazil failed to exercise the three powers, because the Judiciary in the specific case of practical crimes against Maria da Penha failed by default, since the case did not achieve trial and conviction within a reasonable time (at the time of the Report the criminal process was to be prescribed), and indirectly states that the Executive Branch and the Legislative Branch also failed to create laws, foster practices and implement public policies to prevent and combat domestic violence against women. Based on this, recommendations were made such as: (1) judging the case in time not to incur prescriptions; (2) investigate the irregularities that result in the unjustified delay of the trial and take relevant administrative, judicial and legislative measures; (3) indemnify the victim for the violations recognized, especially for the delays in the trials and impunity of the aggressor for more than 15 years, which ended up making civil reparation impossible by the aggressor; (4) to continue and intensify reforms aimed at combating discriminatory treatment with respect to domestic violence against women in Brazil; (5) training and awareness-raising measures should be promoted for specialized judicial and police officials to understand the importance of not condoning domestic violence; (6) criminal proceedings should be simplified so that procedural time can be reduced without affecting the rights and guarantees of due process; (7) alternative forms were created to judicial, rapid and effective solutions to intra-family conflicts, as well as awareness-raising with respect to their severity and the criminal consequences it generates; (8) special police stations were multiplied for the defense of women's rights and with the special resources necessary for the effective processing and investigation of all complaints of domestic violence, as well as providing support to the Public Prosecutor's Office in the preparation of their judicial reports; (9) curricular units aimed at understanding the importance of respect for women and their rights recognized in the Convention of Belém do Pará, as well as the management of intrafamily conflicts, were included in their pedagogical plans<sup>7</sup>.

## Improvement of international law

Firstly, it should be pointed out that it is not a question of applying the Institute of International State Responsibility for wrongful acts in a classical way, that is, it is not the case of responsibility from State to State, but from State to Individual, supported by two other human rights organizations, and also from State to state to its own nationals, since the Report did not address

---

<sup>7</sup> Organization of American States, Inter-American Commission on Human Rights (2000). Report n° 54/01\*, Case 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes Against Brazil, April 16, 2001. It can be found at: <<http://cidh.org/annualrep/2000eng/ChapterIII/Merits/Brazil12.051.htm>>.

the case of Maria da Penha, but took into account the systematic violations of Brazil, making recommendations not only for the specific case of Maria da Penha, but to impact every way of being of the Brazilian State with regard to violence against women, and especially with regard to domestic violence.

Specifically on the case of Maria da Penha, the rights inherent in access to justice, especially judicial protection, and equal treatment before the law, which Brazil was obliged to guarantee when it was linked to the American Declaration, the American Convention and the Belém do Pará Convention, the latter to deal specifically with obligations assumed by Brazil to take administrative measures, legislative and judicial to prevent, investigate and effectively investigate administrative, civil and criminal responsibilities for acts of violence committed against women both in the public and private spheres.

However, what is observed from the reading of the Report is that the case of Maria da Penha was used as a way to draw the attention of the Brazilian State to correct the way she had been dealing with the theme of domestic violence in her territory. From this case, the reason for the existence of women's human rights emerges, which is precisely to compel all States to modify their own legal order and therefore their action, in order to promote the protection of women and the fight against gender discrimination, values to which it has been linked to the international legal order, through the human rights instruments to which it has adhered.

In Report No 54/2001, made public, the exhaustion of internal bodies was dispensed with, taking into account the risk of prescription and that the violations mentioned were systematic with regard to the treatment of violence against women, what was combined with the fact that the victim would have collaborated with justice and exhausted the legal means made available to his disposal for the solution of the conflict but still the judicial moratorium was so great that the case was about to prescribe both in the criminal and civil sphere, which would make impossible any responsibility of the aggressor, behold, it was 17 years since the date of the facts, remaining the defendant released throughout the course of the process.

Were it not for the recognition of the violations by the Inter-American Commission on Human Rights and its consequent recommendations, certainly the crimes committed against Maria da Penha would have been prescribed without the aggressor having been convicted of his actions and neither had the State been held responsible for the negligence during the judicial process, marked by the annulment of judgments and the receipt of irregular appeals, denoting the inefficiency of the Brazilian judicial system with regard to the protection of women victims of domestic violence.

The Report, whose recommendations denote the international recognition of the state's responsibility for negligence in the treatment of domestic violence cases in Brazil, was paradigmatic not only because it triggered a real revolution in the Brazilian legal system with regard to the legal protection of women, which began with the concern of the treatment of domestic violence.

ce and has been expanding to other spheres of protection , but also because it meant a milestone in the Inter-American system of protection of human rights by bringing to the debate, for the first time in this system, the negligence of a country in the treatment of domestic violence against women in this context of regional protection, opening the field for the condemnation of other countries also, in this region, which are also known for systematic violations of the same nature.

It is also important to highlight that the Report is not a judicial decision, it is not a judgment from the Inter-American Court of Human Rights, which has jurisdiction and power for the execution of its judgments according to the internal system of execution of judgment sums of each country, but of the Inter-American Commission on Human Rights, through other forms of action , such as carrying out studies, publishing reports, observations and recommendations.

And yet, its publication radiated many effects, paving the way for the creation of numerous laws in Brazil that sought to protect women on the subject of domestic violence and others, as they served as a precedent for the condemnation of other countries with regard to negligence in relation to the subject, which indicates that the publicity of documents produced by human rights protection systems is already , by itself, a form of “execution” of its content, denoting some effectiveness in its mode of action.

It is true that the Commission did not refer the case to trial by the Inter-American Court of Human Rights, because in the Inter-American System, as mentioned, individual cases are only forwarded to the Court if the Commission agree, which was not the situation (they understood that Brazil had already begun the process of improving conditions for combating violence against women) and that despite all the efforts of Maria da Penha and the organizations involved , without which perhaps the case had not gained the proportion that won, Mr. Heredia was only arrested in October 2002, remaining in the prison for only 2 years.

In the evolution of the case, in 2010 Mr. Heredia married again, was recorded against him another police occurrence for domestic violence, with another marriage undone, lost custody of the adopted son, due to his aggressive personality. Strange as it may seem, during the adoption process, it was not found that Mr. Heredia had already been convicted of domestic violence, which was only revealed by the wife who performed the adoption with him when he began to repeat the acts of aggression against her and her adopted son. Maria da Penha was compensated by the state years later, but considers that in her case, she did not get justice.

Despite the trial of Maria da Penha herself, justice has not been done in her case, the precedent has started a real revolution in the Brazilian legal system, imposing the confrontation of the problem and the creation of means for the change of paradigms of action in all spheres of the State. If she failed to get the justice she deserved, Maria da Penha certainly entered the history



of the fight against domestic violence in Brazil and in the world. The law that bears her name is considered one of the most protective instruments of women in the world.

Among the laws that have been creating forms to combat this type of specific violence, which takes into account factors of vulnerability due to sex and gender, law no. 11.340 of 2006, known as the Maria da Penha Law, inspired precisely in this precedent, is considered one of the three most important legal instruments in the world for combating violence against women.

However, despite the considerable legislative progress to boost the protection of women in Brazilian society, made possible after the international recognition of the Brazilian State's omissions in the fight against discrimination and gender violence, the Brazilian reality is still dramatic when it comes to violence against women, whether domestic or not.

In fact, in 2019, the Fórum Brasileiro de Segurança Pública, a reference entity in the measurement of violence rates in Brazil, published data from a survey conducted that in the topic related to the understanding of the population, 59% "of the population claim to have seen a woman being physically or verbally assaulted in the last year"; 43% "saw men approaching women in the street in a disrespectful way, stirring, passing sung, saying offenses"; 37% "saw men humiliating, cursing or threatening girlfriends or ex-girlfriends, women or ex-wives, companions or ex-partners"; 28% "saw women living in their neighborhood being assaulted by husbands, partners, boyfriends or ex-husbands, ex-partners, ex-boyfriends"; 20% "saw girls, girls or adult women living in their neighborhood being assaulted by relatives such as father, stepfather, brother, uncle, brother-in-law, grandfather, etc."<sup>8</sup>.

With regard to data on victimization, this research indicated that: "536 women have been victims of physical aggression every hour in the last year"; "21.8% (12.5 million) were victims of verbal offense, such as insult, humiliation or swearing"; "9.0% (4.7 million) were pushed, kicked or beat 536 every hour"; "8.9% (4.6 million) were physically touched or assaulted"; "3.9% (1.7 million) were threatened with a knife or firearm"; "3.6% (1.6 million) suffered beating or attempted strangulation".

Regarding victimization and the relationship of the victim with the aggressor, 76.4% of the women stated that the aggressor was someone known; 23.8% refer to the partner; 21.1% reported the neighbor; 15.2% reported

---

8 Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2019). Visível e invisível: a vitimação das mulheres no Brasil. 2ª ed. It can be found at: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/relatorio-pesquisa-2019-v6.pdf>> And: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/Infogra%CC%81fico-vis%3%ADvel-e-invis%3%ADvel-2.pdf>>.

9 Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2019). Visível e invisível: a vitimação das mulheres no Brasil. 2ª ed. It can be found at: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/relatorio-pesquisa-2019-v6.pdf>> And: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/Infogra%CC%81fico-vis%3%ADvel-e-invis%3%ADvel-2.pdf>>.

the ex-spouse/ex-partner/ex-boyfriend; regarding the place, 42% reported having suffered “at home”; and 52% report not having taken any action, which indicates that even with the entire legislative instrument narrated, which culminated even with the creation of institutions such as women’s police stations and a telephone number for calls related to violence against women, created by law of the year 2010, the woman still does not feel safe to denounce the violence she suffers daily, because more than half did nothing, only 10% sought the police station of women, number even lower than those who sought help from the family, which matter in 15%<sup>10</sup>.

Although the number of cases is alarming and Brazilian society is then informed about the growth in the number of complaints and their severity, the competent authorities to investigate, judge and suppress cases of violence against women do not seem to have yet become aware of the need for a change in behavior that effectively contributes to the solution of the problem, which can be seen, for example, by the analysis of the attitude of the professionals involved in the recent scandal about the trial of the rape of the victim “Mari Ferrer”<sup>11</sup>, which was humiliated by the lawyer defending his rapist in one of the stages of the criminal proceedings, having been the facts witnessed, passively and quietly, by the professionals themselves who had the duty and professional responsibility to conduct the process, which culminated in a shameful acquittal of the rapist, a young white and wealthy businessman in the football business, acquittal that was requested by the public prosecutor himself, even contradicting the jurisprudential understanding already consolidated in the feeling of recognizing the word of the victim, corroborated, in the case, with the examination of the body of crime that attested to violence, as the main evidence in crimes of this nature (after all, what does the victim have to gain from a process of such a nature?!).

## Conclusion

The Institute of International Responsibility of the State for illegal acts is already quite mature clearly when it comes to legal relations between States. But can still be better exploited with regard to the scope of the effects of the unlawful acts perpetrated by States in relation to individuals, citizens or not of the State against which it is claimed, and even more so, in relation to women.

This is because, as seen from the Maria da Penha case, which led to the

---

10 Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2019). Visível e invisível: a vitimação das mulheres no Brasil. 2ª ed. It can be found at: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/relatorio-pesquisa-2019-v6.pdf>> And: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/Infogra%CC%81fi-co-vis%C3%ADvel-e-invis%C3%ADvel-2.pdf>>.

11 Siqueira, Carol. Bancada feminina e Comissão de Direitos Humanos notificam autoridades por caso Mari Ferrer. Agência Câmara de Notícias, 09/11/2020 - 11:36. It can be found at: <https://www.camara.leg.br/noticias/705997-bancada-feminina-e-comissao-de-direitos-humanos-notificam-autoridades-por-caso-mari-ferrer/>.

recognition of Brazil's international responsibility for omission in the fight against violence against women, and culminated in the creation of very significant laws even compared to other countries, the fact is that when it comes to results effectively observed by the population, legal protection in the abstract is not enough to ensure a safe life for women. Thus, despite the importance of the institute with regard to state-to-state protection, it is certain that current doctrinal designs, at least in the brief research carried out here, do not offer safe parameters of protection to citizens, and in particular women, against their own State, which is precisely one of the objectives of forming a universal consensus around a set of minimum values now known as Human Rights, and in particular, human rights concerning women, such as the prohibition of gender discrimination and the necessary specialised fight against gender-based violence, which rightly aims to interfere in the domestic jurisdiction of states to compel them to ensure a minimum standard of respect and legal protection for women who guarantee to all men and women a life with dignity and security, free from fear and deprivation.

In other words, the existence of a true legislative revolution developed in Brazil from the case mentioned, the statistics on domestic violence in Brazil remain alarming, so that, already recognized the rights and already created, in the legal order, a minimum of institutes and instruments for the protection of women in Brazilian society, it is now urgent to develop ways to ensure the protection and implementation of these rights, because in this area, Norberto Bobbio's lessons are more current than ever: one thing is technical and scientific progress, another is moral progress<sup>12</sup>.

## Literature

Almeida, F. A. de M. L. F. de. **Direito Internacional Público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

Azevedo, D. Q. F. de **A aplicação dos artigos sobre responsabilidade internacional dos Estados por fato internacionalmente ilícito**. 2013. It can be found at: <[http://centrodireitointernacional.com.br/static/revistaelectronica/volume11/arquivos\\_pdf/sumario/Artigo%20-%20Davi%20Quintanilha%20Failde%20de%20Azevedo.pdf](http://centrodireitointernacional.com.br/static/revistaelectronica/volume11/arquivos_pdf/sumario/Artigo%20-%20Davi%20Quintanilha%20Failde%20de%20Azevedo.pdf)>.

Baptista Dias, R. M. P. **A responsabilidade internacional das empresas transnacionais por ofensas aos Direitos Humanos**. Dissertação de mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP. 2009. It can be found at: <<https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/8508/1/Rosa%20Maria%20Pellegrini%20Baptista%20Dias.pdf>>.

Bobbio, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Brownlie, I. **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

---

12 Bobbio, N. (1992). *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus.

Crawford, J. **The International Law Commission's Articles on State Responsibility**. Introduction, Text and Commentaries. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

Dupuy, Pierre-Marie. **Droit International Public**. Paris, França: Editora Dalloz, 1998.

Ferreira, N. **A responsabilidade internacional do Estado: evolução da tradição**. 2006. It can be found at < <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66vol-ii-set-2006/doutrina/nuno-ferreira-a-responsabilidade-internacional-evolucao-na-tradicao/> >. Acesso em 08/02/2019.

Mazzuoli, V. de O. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Mello, C. D. A. **Responsabilidade internacional do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

Mello, C. D. A. **Curso de direito internacional público**. Volume 1. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

Miranda, J. **Curso de direito internacional público**. Parede: Editora Princípia, 2012.

Piovesan, F., Pimentel, S. **A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil**. 2011. It can be found at: <[http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/1\\_6\\_responsabilidade-internacional.pdf](http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/1_6_responsabilidade-internacional.pdf)>.

Piovesan, F. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2015.

Piovesan, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2016.

Piovesan, F. **Temas de direitos humanos**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Ramos, André de C. **Responsabilidade Internacional do Estado por violação de Direitos Humanos**. Revista CEJ, V. 9 n. 29 abr./jun. 2005. It can be found at: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/663/843>>.

Varella, M. D., Machado, N. P. L. A dignidade da mulher no direito internacional: o Brasil face à Comissão Interamericana de Direitos Humanos Marcelo D. Varella Natália Paes Leme Machado. **Revista IDH**. Volume 49. P. 467-500, 2009. It can be found at: < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24591.pdf> >.

## Documents:

Brazil. **Lei Federal n. 11.340, de 7 de agosto de 2006**: Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. It can

be found at: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm)>.

Brazil. **Lei Federal nº 10.778, de 24 de novembro de 2003:** Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados. It can be found at: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2003/L10.778.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.778.htm)>.

Brazil. **Lei Federal n. 12.015, de 07 de agosto de 2009:** Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. It can be found at: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm)>.

Brazil. **Decreto nº 7.393, de 15 de dezembro de 2010:** Dispõe sobre a Central de Atendimento à Mulher - Ligue 180. It can be found at: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7393.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7393.htm)>.

Brazil. **Decreto nº 7.958, de 13 de março de 2013:** Estabelece diretrizes para o atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do Sistema Único de Saúde. It can be found at: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d7958.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7958.htm)>.

Brazil. **Lei Federal nº 12.845, de 01 de agosto de 2013:** Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. It can be found at: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12845.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12845.htm)>.

Brazil. **Resolução nº 1, de 16 de janeiro de 2014,** do Congresso Nacional: Dispõe sobre a criação da Comissão Permanente Mista de Combate à Violência contra a Mulher. It can be found at: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/2014/resolucao-116-janeiro-2014-778013-publicacaooriginal-142932-pl.html>>.

Brazil. **Lei Federal nº 13.104, de 09 de março de 2015:** Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. It can be found at: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm)>.

Brazil. **Decreto nº 9.586, de 27 de novembro de 2018:** Institui o Sistema Nacional de Políticas para as Mulheres e o Plano Nacional de Combate à Violência Doméstica. It can be found at:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9586.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9586.htm)>.

Brazil. **Lei Federal nº 13.642, de 03 de abril de 2018:** Altera a Lei nº 10.446, de 8 de maio de 2002, para acrescentar atribuição à Polícia Federal no que concerne à investigação de crimes praticados por meio da rede mundial de computadores que difundam conteúdo misógeno, definidos como aqueles que propagam o ódio ou a aversão às mulheres. It can be found at: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20152018/2018/Lei/L13642.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2018/Lei/L13642.htm)>.

Brazil. **Lei Federal nº 13.718, de 24 de setembro de 2018:** Altera o Decreto-

Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). It can be found at: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm)>.

United Nations. **Charter of the United Nations**. San Francisco, 26 June 1945. It can be found at: <<https://www.un.org/en/charter-united-nations/index.html>>.

United Nations. **Universal Declaration of Human Rights**. Paris, 10 December 1948. It can be found at: <<https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>>.

United Nations. **Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women**. New York, 18 December 1979. It can be found at: <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-8&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_en)>.

United Nations. **Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women**. New York, 6 October 1999. It can be found at: <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-8-b&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-8-b&chapter=4&clang=_en)>.

United Nations. **Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts**. It can be found at: <[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)>.

International Court of Justice. **Statute of The International Court of Justice**. It can be found at: <<https://www.icj-cij.org/en/statute>>.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Visível e invisível: a vitimação das mulheres no Brasil**. 2ª ed. It can be found at: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/relatorio-pesquisa-2019-v6.pdf>. and <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/Infogra%CC%81fico-vis%C3%ADvel-e-invis%C3%ADvel-2.pdf>>.

Organization of American States, Inter-American Commission on Human Rights. **Report nº 54/01\***, Case 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes Against Brazil, April 16, 2001. It can be found at: <<http://cidh.org/annualrep/2000eng/ChapterIII/Merits/Brazil12.051.htm>>

# O CASO “A ÚLTIMA TENTAÇÃO DE CRISTO VS. CHILE” E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: CONSIDERAÇÕES SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Mariana Louzano Moreira

Universidade de Coimbra, Mestranda em Ciências Jurídico-Históricas

## Resumo:

O presente artigo pretende analisar o desdobramento do caso “A Última Tentação de Cristo Vs. Chile”, que teve lugar na Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo um caso de grande relevância contemporânea. O aludido julgamento, do âmbito interamericano, não se demonstra paradigmático apenas por tratar da liberdade de expressão – pedra angular das democracias decentes –, mas também por sua abordagem decisória ao determinar a modificação de dispositivo constitucional. A metodologia utilizada foi a de revisão bibliográfica de obras sobre direito internacional público, constitucional e direitos humanos, bem como análise jurisprudencial interamericana. Visa-se compreender a censura da película de Scorsese; se a liberdade religiosa deveria sobrepujar-se à de expressão e como se deu o controle de convencionalidade neste panorama.

**Palavras-chave:** Censura; Liberdade de Expressão; Controle de Convencionalidade; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## Introdução

É sabido que os direitos humanos perfazem temática fundamental e essencial na contemporaneidade, seja por conta da globalização e a consequente expansão das discussões no âmbito do direito internacional, seja pela intersubjetividade inerente à matéria – que incita, cada vez mais, o estudo e divulgação acadêmico-científica de seus pormenores.

Nesta oportunidade, dedicaremos especial atenção ao mecanismo de proteção regional dos direitos humanos na América, assente, mormente, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Para tal feito, analisar-se-á o caso *A Última Tentação de Cristo Vs. Chile*, julgado pela Corte Interamericana

de Direitos Humanos e que versou sobre temas sensíveis de sua seara: a sujeição do filme homônimo, de Scorsese, à censura prévia, assente na Constituição chilena, que culminou em condenação do país por violação da liberdade de expressão, fazendo incidir, ainda, o controle de convencionalidade – com a consequente modificação de dispositivo da mencionada Carta Magna.

Nesta conjuntura, far-se-á importante paralelo entre a liberdade religiosa e a de expressão, bem como ver-se-á que a decisão de uma Corte pode influenciar um Estado a se posicionar ativamente na busca pela consecução dos direitos humanos em seus territórios – requisito básico da atual comunidade global –, via Controle de Convencionalidade em dispositivo constitucional.

## Os Direitos Humanos na América

É de enorme relevância a discussão acerca da proteção universal dos direitos humanos. O que não pode ser deixado de lado, todavia, é o fato de que o plano internacional não é homogêneo em sua identidade. Nesta toada, importante voltarmos nossos olhos aos Sistemas Regionais de proteção aos direitos humanos.

Assim, impende ressaltar que os sistemas Global e Regionais não atuam em dicotomia, mas sim se complementam, inspirados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, visando a interação em benefício dos indivíduos protegidos.<sup>1</sup>

Neste diapasão, a importância de um mecanismo Regional de controle e garantia dos direitos humanos assenta-se, fundamentalmente, no fato de que os aludidos direitos se encontram intimamente ligados às estruturas sociais, econômicas e culturais de cada localidade. Desta feita, a proteção Regional figura como propiciador de soluções mais avançadas e **especificadas**, além de mais adequadas, à consecução dos direitos humanos. Objetiva-se, neste ínterim, o agrupamento de afinidades, de modo a estarem circunscritas a um território.<sup>2</sup>

Na América, aufere-se que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem foi aprovada em 1948, já a sua Convenção surge apenas em 1969, determinando em seu bojo que, tão somente, poderiam aderir à Convenção, os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos. Referida Convenção é de grande relevância, eis que figura como o principal tratado sobre direitos civis e políticos já concluído no continente americano. Desta feita, qualquer norma de direito interno<sup>3</sup> que viole a aludida Convenção, é

1 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 342.

2 MARQUES, Mário Reis. **A Protecção Internacional dos Direitos Humanos**. *Dos Sistemas Regionais ao Intento Global da ONU*. In: Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. LVII, tomo II, p. 2005-2058, 2014, p. 2026.

3 Em assim sendo, os Estados que ratificam a Convenção, “(...) não têm mais a possibilidade de se subtrair às obrigações convencionais impostas pela Convenção Americana, sob pena de responsabilidade internacional.” In PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MUZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre**



tida como *inconvencional*, sendo, portanto, inválida no que tange à sua aplicação em casos concretos.<sup>4</sup>

Ressalte-se, neste aspecto, que em *agosto de 1990*<sup>5</sup> o Chile aderiu à Convenção Americana: reconhecendo, assim, a competência contenciosa da Corte Interamericana no tocante aos seus julgamentos, vinculando-se a cumprir suas determinações. Para mais, após a aceitação do Estado pela mencionada competência, as determinações emanadas da Corte figuram como obrigação, sem possibilidade de recurso.

## A Última Tentação de Cristo Vs. Chile

De modo inicial, impossível delinear o aclamado drama cinematográfico de Martin Scorsese, *A Última Tentação de Cristo*, de outra maneira senão a fim de considerá-lo um sucesso mundial. Encontrou, contudo, em seu caminho, grande resistência, várias críticas e **censura**.

O caso analisado culminou na Corte Interamericana de Direitos Humanos, porém, a discussão sobre a questão ocorria já, há anos, no território chileno. A proibição da exibição do filme, no Chile, incorreu assente no artigo 19º, n. 12<sup>6</sup>, da Constituição do país. Tal dispositivo previa um sistema de censura prévia à exibição e publicidade de produções cinematográficas. Neste diapasão, o *Consejo de Calificación Cinematográfica* (CCC), órgão integrante do Ministério da Educação, era incumbido de realizar as qualificações e orientar quanto à exibição dos filmes.<sup>7</sup> Referido órgão, inclusive, era remanescente da ditadura chilena e foi o responsável pela proibição da execução da película no país, em 1988.<sup>8</sup>

Foi apenas em 1996 que a distribuidora do filme, *United International Pictures Ltda.*, conseguiu fazer a decisão ser revista pelo CCC: o filme fora autorizado para exibição para maiores de dezoito anos. De tal decisão de liberação, houve recurso à Corte de Apelações de Santiago, mediante alegações de *violação da honra* de Jesus Cristo, da Igreja e dos próprios cristãos. A Corte de Apelações acabou por acatar o recurso, no sentido de tornar *sem efeito* a última decisão administrativa do Conselho.

---

**Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 12.

4 PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MUZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 6.

5 OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Ratificações.** Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao\\_Americana\\_Ratif.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm)>. Acesso em: 11 maio 2020.

6 O aludido dispositivo constitucional regulava-se via Decreto-Lei (nº 679, de 1974).

7 FERREIRA, Felipe Grizotto; CABRAL, Guilherme Perez; LAURENTIIS, Lucas Catib de. **O Exercício da Jurisdição Interamericana de Direitos Humanos: Legitimidade, Problemas e Possíveis Soluções.** In: Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 16, n. 2, p. 243-268, 2019, p. 249.

8 GHIZZUOLI, Bruno Munin. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Direito à Liberdade de Expressão.** In: Revista Juris Pesquisa, n. 1, p. 156-168, 2019, p. 165.

De mais a mais, a *Corte Suprema de Justiça* foi acionada e *confirmou a decisão* da Corte de Apelações, em junho de 1997: o filme constava totalmente censurado<sup>9</sup>, ainda assente no artigo 19º, 12, da Constituição chilena. Era claro o fato de que o filme ia em direção diversa da imagem tradicional cristã-ocidental, pelo que a Corte Suprema do Chile entendeu que o filme violara a honra de Jesus, devido à interpretação artística filosófica daquele personagem: o filme foi reprimido por conter, portanto, blasfêmias.<sup>10</sup>

O enredo do filme fora considerado provocativo e ofensivo à tradição cristã, eis que se apresentava Jesus como um homem comum, cheio de fraquezas e maculado em suas virtudes. Observava-se, assim, a demonstração – intencional – de um Jesus *mais humano*. Neste sentido, em que pese alguns cristãos tenham visto tal papel como *ridículo*, o fito da película era, em verdade e no fundo, instituir legítimo debate e reflexão – assim como toda expressão artística. E, com isso, amparar um discurso *herético*, de alguma forma e, ainda, buscar amparo para a tolerância dentro de sociedades democráticas.

Diante de tal cenário e considerando, assim, o esgotamento judicial chileno, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos entrou em cena e pleiteou, em 1999, perante a Corte Interamericana, que o Chile autorizasse a exibição do filme; eliminasse a censura prévia, adequando suas normas constitucionais e legais atinentes à liberdade de expressão nos termos da Convenção Americana; fizesse assegurar que os órgãos do poder público tornassem efetivos os direitos de liberdade de expressão, consciência e religião, bem como reparasse os danos sofridos pelas vítimas e reembolso de custas.

O país, ao argumentar em prol de sua defesa –fora do prazo estabelecido –, citou a existência de projeto de reforma do artigo 19, n. 12, de sua Constituição. Contudo, não contestou os demais termos específicos da demanda.

A Corte, diante de todo o panorama processual, não viu outra saída senão declarar a existência, sim, de um dispositivo Constitucional, do direito doméstico<sup>11</sup>, que violava direitos tutelados pela Convenção Americana – Convenção esta que o Chile ratificou o Estatuto e faz parte.

---

9 Constitui censura prévia tudo aquilo que partir de atos ilegítimos que tenham o fito de impedir o exercício da liberdade de expressão, em seu sentido amplo. In PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MUZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 186.

10 CHIPLE, Edgardo Garcia; PRAZERES, Paulo Joviniano Alvares dos. **O Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e Outros) Vs. Chile: Uma Análise Sobre Direitos Humanos e Democracia**. In: Revista Paradigma, v. 28, n. 2, p. 224-239, 2019. Disponível em: <<http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1751>>. Acesso em: 10 maio 2020, p. 233.

11 “(...) *siempre que un convenio internacional se refiera a “leyes internas” sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, la referencia es para toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales.*” In: Corte IDH. **Opinión Consultiva OC-4/84**. II, par. 14, p. 7. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf)>. Acesso em: 19 jun 2020.

Neste sentido, cabível se fazia, por parte da Corte, requerer a compatibilização<sup>12</sup> do aludido dispositivo, com as disposições internacionais de direitos humanos.<sup>13</sup>

## **Liberdade de Expressão e Controle de Convencionalidade: Consequências Decisórias**

A sentença<sup>14</sup> da Corte Interamericana foi prolatada em 5 de fevereiro de 2001, determinando que o artigo 13º da Convenção<sup>15</sup> fosse devidamente cumprido, devendo o Chile **modificar seu ordenamento jurídico doméstico**, suprimindo a censura prévia – procedendo a um verdadeiro *controle de convencionalidade*, ou seja, adequando seu direito interno com a Convenção que ratificara, liberando a exibição do filme em questão. Deveria o Estado, ainda, respeitar a **liberdade de expressão**, garantindo seu pleno exercício em toda sua jurisdição. No que tange à reparação moral das vítimas, a Corte entendeu que a presente condenação já satisfaria tal pleito, conquanto o reembolso das custas foi decretado.

Considerando o perfil social, a crença e o modelo de vida cristã chilena, parece plausível acompanhar o pensar do advogado, perito em Direitos Humanos, Francisco Cumplido, que atuou no caso. Ele sustenta que a Constituição chilena acabou, via censura prévia, por *preferir* a proteção do direito à honra *em detrimento* do direito à liberdade de informação.<sup>16</sup>

12 “*Dichas obligaciones generales requieren indudablemente de los Estados Partes la adopción de medidas legislativas y otras para garantizar los derechos consagrados en la Convención y perfeccionar las condiciones de su ejercicio (párr. 3). Tales obligaciones, en su amplio alcance, se imponen a todos los poderes del Estado, que “están obligados a tomar las providencias necesarias para dar eficacia a la Convención Americana en el plano del derecho interno. El incumplimiento de las obligaciones convencionales, como se sabe, compromete la responsabilidad internacional del Estado, por actos u omisiones, sea del Poder Ejecutivo, sea del Legislativo, sea del Judicial” Cf. Corte IDH. Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile. Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C, par. 8, p. 44. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_73\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf)>. Acesso em: 11 maio 2020.*

13 CHIPLE, Edgardo Garcia; PRAZERES, Paulo Joviniano Alves dos. **O Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e Outros) Vs. Chile: Uma Análise Sobre Direitos Humanos e Democracia.** In: Revista Paradigma, v. 28, n. 2, p. 224-239, 2019. Disponível em: <<http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1751>>. Acesso em: 10 maio 2020, p. 234.

14 Corte IDH. **Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile.** Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_73\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf)>. Acesso em: 11 maio 2020.

15 O aludido artigo trata sobre a “Liberdade de pensamento e de expressão”. OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 22 nov 2020.

16 “*El problema suscitado con la Corte Suprema se debe a un problema interpretativo, en la medida en que ha aplicado preferentemente el derecho al honor frente a la libertad de opinión, siguiendo algunas tendencias de tribunales extranjeros y la doctrina que distingue entre derechos humanos que corresponden a la dignidad de la persona como el derecho a la vida, al honor, a la intimidad, respecto de derechos humanos de medio como la libertad de opinión y de información.*” In Corte IDH. **Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile.** Fundo, Reparações e Custas.

O caso analisado foi o *primeiro* em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu ser a liberdade de pensamento e expressão um **fundamento democrático**, reconhecendo a violação de liberdade de expressão e condenando, nestes moldes, um país. Neste panorama, assinalara a Corte que *a expressão e difusão do pensamento e da informação são indivisíveis*, tudo a fim de garantir que toda pessoa tem o direito de ser informada suficientemente.<sup>17</sup>

O fato é que, com o passar dos anos, a perspectiva nos julgamentos pela Corte Interamericana ia se modificando, gradativamente: sempre evoluindo do artigo 63º da Convenção<sup>18</sup>. Hoje vai-se muito além, consoante se vê a Corte determinando, inclusive, *reformas constitucionais* –como ocorrido no caso em voga<sup>19</sup>, mediante o Controle de Convencionalidade. Tanto assim o é que, a presente decisão da Corte, figura como parte da jurisprudência internacional sobre os temas que engloba, sendo constantemente alvo de investigação científica e discussão no panorama humanitário-internacional.

Denotou-se, finalmente, que a película tinha o fito de instituir legítimo debate e reflexão, buscando amparo para a tolerância dentro das sociedades. Assim, atinente à liberdade religiosa, entendeu a Corte não ter incorrido violação, pois a garantia deste direito diz respeito à possibilidade de professar, conversar e divulgar suas crenças, não tendo o filme em questão restringido tal direito.<sup>20</sup> Ora, podemos inicialmente olhar para a tradição religiosa no sentido de *aglutinação especial* nas instituições morais, mormente na sensibilidade da convivência humana. Neste sentido, os argumentos religiosos podem e irão sempre fazer parte das discussões das sociedades. Contudo, os precursores de tais alegações *devem reconhecer a neutralidade do exercício do poder*. Neste viés, os fiéis não podem exigir que suas premissas sejam aceitas.<sup>21</sup>

---

*Sentença de 5 de fevereiro de 2001*. Série C, par. 45, “g” **Peritaje de Francisco Cumplido**. p. 18. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_73\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf)>. Acesso em: 12 maio 2020.

- 17 PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MUZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 185.
- 18 Artigo 63. “1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.” Cf. OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 22 nov 2020.
- 19 PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MUZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 339, 343.
- 20 FERREIRA, Felipe Grizotto; CABRAL, Guilherme Perez; LAURENTIIS, Lucas Catib de. **O Exercício da Jurisdição Interamericana de Direitos Humanos: Legitimidade, Problemas e Possíveis Soluções**. In: Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 16, n. 2, p. 243-268, 2019, p. 250.
- 21 COELHO, André. **Uso de Argumentos Religiosos na Esfera Judicial: Exploração de uma Hipótese a partir de Jürgen Habermas**. In: PINZANI, Alessandro; SCHMIDT, Rainer (Orgs). **Um pensamento interdisciplinar: Ensaios sobre Habermas**. Florianópolis: Nefiponline, 2016, p. 166-167.

Impende observar que a liberdade de expressão é considerada importante direito civil e político dentro da sistemática interamericana<sup>22</sup>, tanto que é possível vislumbrá-la na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948), na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e na Carta Democrática Interamericana (2001). Existe, ademais, a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão (1997), bem como a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão<sup>23</sup>, a qual foi adotada em 2000 pela Comissão Interamericana. Referida Declaração complementa-se por um documento chamado Antecedentes e Interpretação da Declaração<sup>24</sup> de Princípios.<sup>25</sup>

Com o caso em comento, o que podemos auferir é que a liberdade de expressão abrange toda e qualquer ideia que *choque, inquiete ou até ofenda* o Estado ou sua população, tendo essência democrática.<sup>26</sup> Nesta conjuntura, a OEA posicionou-se no sentido de que, quando pensamos em sociedades plurais, opiniões “incômodas” podem ser consideradas como um auxílio ao desenvolvimento da tolerância e aperfeiçoamento da democracia.<sup>27</sup>

No panorama da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o artigo 13º, que versa sobre a liberdade de pensamento e de expressão, veda qualquer tipo de restrição do mencionado direito por meios indiretos, como por exemplo, uso de controles oficiais ou particulares destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias ou opiniões.

Na aludida Convenção, o direito à liberdade de expressão e pensamento detêm dimensão *individual* e *social*. Ambas as vertentes devem ser garantidas,

---

22 OEA. **Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión:** *Relatoria especial para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.* Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF, 2010. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2020.

23 OEA. **Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.** Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=26&lID=2>>. Acesso em: 10 maio 2020.

24 OEA. **Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios.** Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&lID=2>>. Acesso em: 10 maio 2020.

25 XAVIER, Fernando César Costa. **A Liberdade de Expressão Frente à Proteção Religiosa.** *Comparações Possíveis entre “Charlie Hebdo” e “A Última Tentação de Cristo”.* In: Revista Paradigma, ano XXI, v. 25, n. 2, p. 27-38, 2017. Disponível em: <<http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/27-38>>. Acesso em: 11 maio 2020, p. 31.

26 FERREIRA, Felipe Grizzotto; CABRAL, Guilherme Perez; LAURENTIIS, Lucas Catib de. **O Exercício da Jurisdição Interamericana de Direitos Humanos: Legitimidade, Problemas e Possíveis Soluções.** In: Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 16, n. 2, p. 243-268, 2019, p. 250.

27 “*Como lo han manifestado los organismos internacionales de derechos humanos, las expresiones satíricas, como parte de aquellas que pueden chocar o inquietar a cualquier sector de la población, también se encuentran protegidas por el derecho a la libertad de expresión. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática.*” Cf. OEA. **Comunicado de Prensa. R 2/15.** *La Relatoria Especial se suma a la condena internacional por el ataque a la revista satírica Charlie Hebdo.* Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=972&lID=2>>. Acesso em: 10 maio 2020.

de maneira simultânea, pelo Estado. A Convenção, ademais, entende que propagandas ou conteúdos de incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência devem ser proibidas. Aqui, reúne-se, também, a proibição de apologia ao ódio<sup>28</sup> nacional, racial ou religioso. De mais a mais, quando da decisão do caso *A Última Tentação de Cristo*, a Corte declarou que tais liberdades não abrangem tão somente o direito de expressar seu próprio pensamento, mas também abrange o direito de buscar, bem como de difundir ideias.<sup>29</sup>

Nesta toada, o sistema de proteção global também prevê, em seu 19º artigo, que é a liberdade de expressão direito inerente da pessoa: prevê-se a liberdade de, *sem interferência*, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. Desta feita, faz-se necessária, portanto, a combinação *sistemática* do direito interno e internacional de proteção dos direitos humanos, assente no princípio da dignidade humana, eis que é a conjugação desses dois sistemas que fortalecem, mais e mais, os mecanismos de responsabilização estatal.<sup>30</sup>

De tal maneira, o argumento fundamental utilizado para sentenciar o caso *A Última Tentação de Cristo Vs. Chile* foi o da *literalidade* de texto: a Constituição chilena autorizava a censura prévia, enquanto a Convenção Americana, expressamente, veda tal instituto – excetuando a questão da proteção moral da criança e do adolescente.<sup>31</sup>

Saliente-se que, formalmente, o termo Controle de Convencionalidade não é adotado no caso *A Última Tentação de Cristo Vs. Chile*, mas pode ser observado sua citação no caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*<sup>32</sup>, de 2006. Foi neste caso que se viu a inauguração da *doutrina* deste Controle no Continente Americano, de modo **expresso**<sup>33</sup>, eis que a Corte atribuiu como Controle de

28 O artigo 13º da Convenção enuncia certas limitações, no parágrafo 5º. Dessa forma, a liberdade de expressão faz-se importante, porém “a lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda a apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime e à violência.”

29 PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MUZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 185, 187.

30 GUERRA, Sidney. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Âmbito da Corte Interamericana e o Controle de Convencionalidade**. In: NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. v. 32.2, jul./dez., p. 341-366, 2012. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/issue/view/49>>. Acesso em: 04 maio 2020, p. 348.

31 FERREIRA, Felipe Grizzotto; CABRAL, Guilherme Perez; LAURENTIIS, Lucas Catib de. **O Exercício da Jurisdição Interamericana de Direitos Humanos: Legitimidade, Problemas e Possíveis Soluções**. In: Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 16, n. 2, p. 243-268, 2019, p. 252.

32 Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile**. *Exceções Preliminares. Fundo, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, par. 124, p. 53. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)>. Acesso em: 24 nov 2020.

33 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. *Coleção Direito e Ciências Afins*, v. 4. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 84.

Convencionalidade a tarefa da efetuação de adequações de atos administrativos, judiciais e legislativos – omissivos ou comissivos –, com os tratados de direitos humanos do âmbito interamericano.<sup>34</sup>

Assim, com base no princípio *pro homine*<sup>35</sup>, que rege a interpretação de normas – internacionais e nacionais – de proteção dos direitos humanos, a Corte Interamericana decidiu no sentido de controlar a *convencionalidade* da norma doméstica. O paradigma para este tipo de conteúdo decisório repousa nos direitos e liberdades consagrados na Convenção Americana.<sup>36</sup> Tais litígios, contudo, devem ter o fito de alcançar um objetivo *legítimo*.

Em assim sendo, o caso concreto em comento não se demonstra paradigmático *apenas* por tratar da liberdade de expressão e ser referência nessa temática, mas também pela abordagem decisória: a sentença admite que mesmo *normas constitucionais originárias* estão, sim, sujeitas ao juízo da Corte.<sup>37</sup>

O caso teve, de certo modo, final feliz, eis que a fim de cumprir o determinado pela sentença da Corte, o Chile **modificou seu texto constitucional**, via lei n° 19.742, de 25 de agosto de 2001, suprimindo a censura prévia, vedando-a expressamente.<sup>38</sup> Não é sempre, contudo, que podemos observar tão pronto cumprimento de sentenças por parte dos Estados, pelo que qualquer tipo de resistência à execução das sentenças da Corte Interamericana pode contribuir, em certo ponto, à ineficácia das decisões. Isto incorrendo, faz demonstrar as deficiências da sistemática executiva de tais decisões, mormente quando se trata de temáticas polêmicas e limítrofes.

A importância do diálogo que busca-se estabelecer aqui encontra respaldo na valiosa premissa de que a possibilidade de escolha, assente como característica da liberdade, é o que dá ao homem a sua dignidade.<sup>39</sup> A possibilidade

34 SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. **Os Controles de Convencionalidade Tradicional e Interamericano: Institutos Distintos ou Duas Faces da Mesma Moeda?** In: Revista de Direito Internacional, v. 14, n. 3, p. 216-242, Brasília, 2017, p. 226.

35 Considerando a coexistência dos instrumentos jurídicos global e regionais, pode acontecer de existir garantias aos mesmos direitos. O que importa, neste aspecto, é o grau de eficácia da proteção, pelo que se deve aplicar e incidir no caso concreto, a norma que melhor proteja a vítima, sendo mais benéfica. In PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 342.

36 Tem-se que os tratados constituintes do *corpus juris* convencional dos direitos humanos que um Estado faça parte “(...) servem como paradigma ao controle de convencionalidade das normas infraconstitucionais.” In PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MUZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 5.

37 FERREIRA, Felipe Grizzotto; CABRAL, Guilherme Perez; LAURENTIIS, Lucas Catib de. **O Exercício da Jurisdição Interamericana de Direitos Humanos: Legitimidade, Problemas e Possíveis Soluções**. In: Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 16, n. 2, p. 243-268, 2019, p. 251.

38 ÁVILA, Flávia de; CARVALHO, Jose Lucas Santos. **A Proteção à Liberdade de Expressão na Corte Interamericana de Direitos Humanos: Uma Análise a Partir do Estado Chileno**. In: Revista de Direitos Humanos em Perspectiva. v. 2, n. 1, Brasília, p. 150-169, jan./jun., 2016, p. 165.

39 BITTAR, Eduardo C.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do**

de compartilhamento de pensamento com outrem, sem sofrer qualquer punição por tal atitude, constitui uma das maiores liberdades do ser humano.<sup>40</sup>

Repise-se, tão logo, que se deve evitar extremismos quando o assunto é a efetivação dos direitos humanos e atuações das Cortes: pondera-se sempre pela proporcionalidade. Nos casos em que a Corte Interamericana se depara com omissões estatais ou práticas administrativas e judiciais que vão de encontro aos deveres assumidos internacionalmente, quando da aderência às Convenções, a Corte atua como um agente que determina o cumprimento das disposições convencionais. A situação é outra quando falamos sobre a existência de regramentos constitucionais, ou legais, *contrárias* às disposições da Convenção Americana. Neste último caso, sim, falamos do Controle de Convencionalidade, eis que se busca a *compatibilização* das disposições normativas do ordenamento nacional interno com o interamericano.<sup>41</sup>

Nesta conjuntura, o juízo de convencionalidade atua baseado na interpretação literal de normas-parâmetro, colocando-se assim, a Corte, como *última intérprete da Convenção Americana*.<sup>42</sup> Deste modo, a Corte Interamericana quando do momento de decisão acerca da violação – ou não – de um determinado direito ou liberdade que sua Convenção protege, não está limitada por quaisquer leis ou atos normativos de direito interno.<sup>43</sup>

Deve-se notar, outrossim, que a Convenção não obriga que o seu texto e a jurisprudência interamericana sejam *incorporados* pelo direito interno. Ainda, não define a posição hierárquica dos ordenamentos jurídicos em comento. Consoante o exposto, vê-se que o corpo normativo interamericano não detém supremacia no que diz respeito à proteção dos Direitos Humanos, sendo que em casos concretos em que o direito nacional se demonstrar mais benéfico aos direitos humanos, é este que deverá incidir – consoante o já citado princípio *pro homine*.<sup>44</sup>

Portanto, trata-se e coloca-se em voga a importância de se velar, sempre, por algo mais profundo do que, simplesmente, posicionar o Direito Interna-

**Direito.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 640.

40 GHIZZOLI, Bruno Munin. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Direito à Liberdade de Expressão.** In: Revista Juris Pesquisa, n. 1, p. 156-168, 2019, p. 157.

41 SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. **Os Controles de Convencionalidade Tradicional e Interamericano: Institutos Distintos ou Duas Faces da Mesma Moeda?** In: Revista de Direito Internacional, v. 14, n. 3, p. 216-242, Brasília, 2017, p. 226.

42 Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.** *Exceções Preliminares. Fundo, Reparações e Custas.* Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, par. 124, “d”. p. 53. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)>. Acesso em: 24 nov 2020.

43 PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MUZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 4 e 339.

44 SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. **Os Controles de Convencionalidade Tradicional e Interamericano: Institutos Distintos ou Duas Faces da Mesma Moeda?** In: Revista de Direito Internacional, v. 14, n. 3, p. 216-242, Brasília, 2017, p. 226.



cional sobre o Direito Interno: busca-se, afinal, *efetivar* a proteção aos direitos humanos da maneira mais ampla e efetiva possível.<sup>45</sup> Pugna-se, ainda, pelas melhores vias elegíveis, como pela celebração de Tratados e Convenções, a fim de propiciar um ambiente de colaboração, e não de resistência.

## Conclusões

Ao pensarmos em sociedades plurais, opiniões díspares podem auxiliar no desenvolvimento da tolerância e aperfeiçoamento das democracias. A investigação e estudo realizado na oportunidade deste artigo não visa exaurir as – intrincadas – matérias que ora se colocam em exame, pelo que se intenta divulgar amplamente o interessante bojo decisório da célebre sentença prolatada pela Corte Interamericana, com o ressoar de um Controle de Convencionalidade em norma constitucional.

Destarte, auferiu-se que a liberdade de expressão abrangeria toda ideia que choque, ou até inquiete, o Estado e sua população, carregando tal direito a essência democrática, pelo que qualquer proibição em seu âmbito deve ponderar-se pela proporcionalidade.

Felizmente, Controle de Convencionalidade foi exitoso, pelo que o Chile cumpriu a o terminado em sentença, harmonizando seu direito interno em relação à Convenção que ratificara, modificando seu texto constitucional, extirpando a censura e vedando-a.

A busca pela efetivação dos direitos humanos faz, assim, prevalecer o regramento mais benéfico ao protegido, não configurando obstáculo para tal, nem mesmo, um dispositivo constitucional. Não se trata, portanto, de fazer posicionar o direito internacional sobre o interno. Assim, derruba-se a ideia de que os sistemas global e regional dos direitos humanos atuam em dicotomia. A combinação sistemática do direito doméstico com o internacional, na proteção dos direitos humanos, faz-se imprescindível – desde que assente no princípio da dignidade humana.

## Referências

ÁVILA, Flávia de; CARVALHO, Jose Lucas Santos. A Proteção à Liberdade de Expressão na Corte Interamericana de Direitos Humanos: Uma Análise a Partir do Estado Chileno. *In: Revista de Direitos Humanos em Perspectiva*. v. 2, n. 1, Brasília, p. 150-169, jan./jun., 2016.

BITTAR, Eduardo C.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CHIPLE, Edgardo Garcia; PRAZERES, Paulo Joviniano Alvares dos. O Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e Outros) Vs. Chile: Uma Análise

45 GOVEA, Laura Alicia Camarillo; RÁBAGO, Elizabeth Nataly Rosas. **El Control de Convencionalidad como Consecuencia de las Decisiones Judiciales de la Corte Interamericana de Derechos**. *In: Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n. 1, v. 64, p. 127-159, San José, 2016, p. 138-139.

Sobre Direitos Humanos e Democracia. *In: Revista Paradigma*, v. 28, n. 2, p. 224-239, 2019. Disponível em: <<http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1751>>. Acesso em: 10 maio 2020.

COELHO, André. Uso de Argumentos Religiosos na Esfera Judicial: Exploração de uma Hipótese a partir de Jürgen Habermas. *In: PINZANI, Alessandro; SCHMIDT, Rainer (Orgs). Um pensamento interdisciplinar: Ensaio sobre Habermas*. Florianópolis: Nefiponline, 2016.

Corte IDH. **Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile**. Fundo, Reparaciones e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_73\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf)>. Acesso em: 11 maio 2020.

Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 26 de setembro de 2001. Parágrafo 124, p. 53. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)>. Acesso em: 24 nov 2020.

Corte IDH. **Opinión Consultiva OC-4/84**. II, par. 14, p. 7. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2020.

FERREIRA, Felipe Grizzotto; CABRAL, Guilherme Perez; LAURENTIIS, Lucas Catib de. O Exercício da Jurisdição Interamericana de Direitos Humanos: Legitimidade, Problemas e Possíveis Soluções. *In: Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 243-268, 2019.

GHIZZOLI, Bruno Munin. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Direito à Liberdade de Expressão. *In: Revista Juris Pesquisa*, n. 1, p. 156-168, 2019.

GOVEA, Laura Alicia Camarillo; RÁBAGO, Elizabeth Nataly Rosas. El Control de Convencionalidad como Consecuencia de las Decisiones Judiciales de la Corte Interamericana de Derechos. *In: Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n. 1, v. 64, p. 127-159, San José, 2016.

GUERRA, Sidney. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Âmbito da Corte Interamericana e o Controle de Convencionalidade. *In: NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. v. 32.2, jul./dez., p. 341-366, 2012. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/issue/view/49>>. Acesso em: 04 maio 2020.

MARQUES, Mário Reis. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Dos Sistemas Regionais ao Intento Global da ONU. *In: Boletim de Ciências Econômicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LVII, tomo II, p. 2005-2058, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. *Coleção Direito e Ciências Afins*, v. 4. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OEA. **Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&IID=2>>. Acesso em: 10 maio 2020.

OEA. **Comunicado de Prensa. R 2/15.** La Relatoria Especial se suma a la condena internacional por el ataque a la revista satírica Charlie Hebdo. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=972&lID=2>>. Acesso em: 10 maio 2020.

OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 22 nov 2020.

OEA. **Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.** Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=26&lID=2>>. Acesso em: 10 maio 2020.

OEA. **Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión:** Relatoria especial para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF, 2010. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 14. ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MUZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Os Controles de Convencionalidade Tradicional e Interamericano: Institutos Distintos ou Duas Faces da Mesma Moeda? *In: Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 3, p. 216-242, Brasília, 2017.

XAVIER, Fernando César Costa. A Liberdade de Expressão Frente à Proteção Religiosa. Comparações Possíveis entre “Charlie Hebdo” e “A Última Tentação de Cristo”. *In: Revista Paradigma*, ano XXI, v. 25, n. 2, p. 27-38, 2017. Disponível em: <<http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/27-38>>. Acesso em: 11 maio 2020.

Apoio Cultural:



[www.edbrasilica.com.br](http://www.edbrasilica.com.br)  
[contato@edbrasilica.com.br](mailto:contato@edbrasilica.com.br)



[www.edicoesbrasil.com.br](http://www.edicoesbrasil.com.br)  
[contato@edicoesbrasil.com.br](mailto:contato@edicoesbrasil.com.br)



[www.editorafibra.com.br](http://www.editorafibra.com.br)  
[contato@editorafibra.com.br](mailto:contato@editorafibra.com.br)



**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS  
VOLUME 1**

**V CONGRESSO  
INTERNACIONAL DE DIREITOS  
HUMANOS DE COIMBRA  
uma visão transdisciplinar**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)



Série Simpósios do V CIDHCoimbra 2020

ISBN 978-65-89537-01-4

